Beiträge zur Lehre von der Gesellschaft nach römischem Recht und dem Bürgerlichen Gesetzbuche,

entwickelt an der l. 62 D. pro socio 17, 2.

Inaugural-Dissertation,

der

juristischen Fakultät

der

Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

ACAD.
LUDD.BAT.
BIBL.

vorgelegt von

Felix Schwenk
aus Grottkau,
Gerichtsassessor, zur Zeit in Berlin.

Approbiert am 26. Mai 1908.

Breslau.
Druck von Th. Schatzky G. m. b. H., Neue Graupenstrasse No. 5.
1908.

25

Referent: Univ.-Professor Dr. Binder.

Meinen lieben Eltern

und

dem Andenken meiner verstorbenen Mutter.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41542704_0009

Literaturangabe.

Beyer, Die Surrogation bei Vermögen im BGB., Marburg 1905.

Binder, Die Rechtsstellung des Erben nach dem Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch, Leipzig 1905.

— Der Gegenstand, Goldschmidts Z. Bd. 59 S. 1 ff. 1906—07.

— Das Problem der juristischen Persönlichkeit 1907.

Biermann, Das Sachenrecht, Berlin 1903.

v. Blume, Das Verhältnis des Anfechtungsrechts zum Wandlungsrechte im Recht, Jahrg. 1907.

Boehm, Das Erbrecht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. 2. Aufl. 1900.

Brückmann, Grundbegriffe des Genossenschaftsrechts im Arch. Bürg. R. Bd. 28.

Cosack, Lehrbuch des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Jena 1904.

Crome, System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Tübingen 1902.

Dernburg, Pandekten, Halle 1900.

— Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preussens 1902—1907, Halle, 3. Aufl.

Endemann, Einführung in das Studium des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 9. Aufl. Berlin 1903.

Eccius, Das Recht auf Eigentumsverschaffung beim Kauf in Gruchots Beitr. Band 50, 1906.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts.

Falkmann u. Mugdan, Rechtssprechung der Oberlandesgerichte.

Fuchs, Grundbuchrecht, Berlin 1902—1907.

Gaupp-Stein, Die Zivilprozessordnung für das Deutsche Reich. 8. u. 9. Aufl., 1906.

Gierke, Deutsches Privatrecht. (Bd. 2 Sachenrecht.) Leipzig 1905.

— Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes, Jena 1897.

— Vereine ohne Rechtsfähigkeit. 2. Aufl., 1902.

— Handelsgesellschaftsrecht und Bürgerliches Recht im Arch. Bürg. Recht. Bd. 19, 1901.

— Die Genossenschaftstheorie und die Deutsche Rechtssprechung, 1887.

Goldmann-Lilienthal, Das Bürgerliche Gesetzbuch, Berlin 1905—1907.

Güthe, Die Grundbuchordnung, Berlin 1905.

Hellwig, Anspruch und Klagrecht, Jena 1900.
Hölder, Natürliche und juristische Personen, Leipzig 1905.
Herfurth, Die rechtliche Natur des Berichtigungs-Anspruchs. Diss. Jena 1906.
Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit von Johow und Ring.
Joerges, Zur Lehre von Miteigentum und der gesamten Hand in Goldschmidts Z. Bd. 49, 51. Stuttgart 1900, 1902.
Juristische Wochenschrift.
Knoke, Das Recht der Gesellschaft, Jena 1907.
Kohler, Der Kauf einer fremden Sache im Arch. f. Bürg. Recht. Bd. 30. 1907.
Leonhard, Der Erbschaftsbesitz, Jena 1899.
Landsberg, Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Berlin 1904.
Lastig, Die Auflösung der kaufmännischen Gesellschaften in der Festgabe der juristischen Fakultät Halle für Heinrich Dernburg, Halle 1900.
Lux, Die Notwendigkeit der Streitgenossenschaft, München 1906. Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozess. Bd. XVI, 2.
Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch Berlin 1899.
Meyer, Die Eigentumsverhältnisse an einem in die offene Handelsgesellschaft eingebrachten Grundstück und die Eigentumsverhältnisse an diesem Grundstück bei Auflösung der Gesellschaft. Diss. Jena 1902.
Müller, Skizzen zum BGB. in den Blättern für Rechtsanwendung. Bd. 63. 1898.
Meurer, Die juristischen Personen nach Deutschem Reichsrecht, Stuttgart 1901.
Nagler, Die gesamte Hand im Gesellschaftsrechte im Sächs. Arch. Bd. 10, 1900.
Oberneck, Das Reichsgrundbuchrecht, Berlin 1904—1906.
Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse. 2. Aufl. Berlin 1906.
Planck, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. 3. Aufl. Berlin 1903—1907.
Predari, Die Grundbuchordnung vom 24. März 1897, Berlin 1907.
Rehbein, Das Bürgerliche Gesetzbuch. Bd. II. 1903.
Schöller, Die Folgen schuldhafter Nichterfüllung in Gruchots Beitr. Bd. 46.
Schollmeyer, Das Recht der Schuldverhältnisse, 1904.
Schlossmann, Anspruch, Klage, Urteil und Zwangsvollstreckung zur Herbeiführung eines Rechtserfolges in Iherings J. Bd. 45.
Sohm, Der Gegenstand, Leipzig 1905.
— Vermögensrecht, Gegenstand, Verfügung im Arch. Bürg. Recht. Bd. 28, S. 173 ff.
Siber, Der Rechtszwang im Schuldverhältnis, Leipzig 1903.

Staubs Kommentar zum Handelsgesetzbuch. Berlin. 8. Aufl. 1906.
Strohal, Das Deutsche Erbrecht auf Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 2. Aufl.
Seuffert, Kommentar zur Zivilprozessordnung. 9. Aufl. München 1904.
Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, München 1906 ff. 2. Aufl.
v. Thur, Kritik in der Krit. V.-Jahrschr. Bd. 43.
Turnau-Foerster, Das Liegenschaftsrecht nach den Deutschen Reichsgesetzen und den Preuss. Ausführungsbestimmungen. Paderborn 1902—1906.
v. Vangerow, Lehrbuch der Pandekten. 7. Aufl. 1876.
Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts. 9. Aufl. Frankfurt a. M. 1906.
Wolff, Der Mitbesitz nach dem Recht des BGB. in Iherings J. Bd. 44.
— Das Recht zum Besitze, Berlin 1903.

Die Abkürzungen entsprechen den Vorschlägen des Deutschen Juristentages für die Art der Anführung von Rechtsquellen, Entscheidungen und wissenschaftlichen Werken in den Verhandlungen des 27. Deutschen Juristentages, Berlin 1904, S. 153 ff.

Inhaltsangabe.

Seite

Einleitung 11

Abschnitt 1.

§ 1. Die Rechtsbeziehungen zwischen dem Erben des verstorbenen und dem überlebenden Gesellschafter. — Die Stellung der Gesellschafter gegenüber dem Gesellschaftsvermögen nach Auflösung der Gesellschaft nach römischem Recht und BGB. — Folgerungen aus der Lehre von der geteilten und ungeteilten Mitberechtigung 14

§ 2. Die Auslegung des § 730 Absatz 2 Satz 1 BGB. 19

§ 3. Die rechtliche Natur der Gesellschaft nach der Lehre von Fuchs 22

§ 4. Die rechtliche Natur der Anteile am Gesellschaftsvermögen nach der Lehre von der geteilten und der ungeteilten Mitberechtigung. — Die Sohm-Oertmannsche Lehre 23

Abschnitt 2.

§ 5. Die Rechtsbeziehungen zwischen dem wahren und dem vermeintlichen Erben einerseits und dem Erwerber der veräusserten Gesellschaftsgegenstände anderseits nach römischem Recht 33

§ 6. Dieselben nach BGB. — Wirksamkeit der Veräusserung einer beweglichen, der Gesellschaft gehörigen Sache 34

§ 7. Wirksamkeit der Veräusserung einer unbeweglichen Sache. — Folgen ihrer Unwirksamkeit 37

§ 8. Die Klage aus § 985 BGB. — Notwendige Streitgenossenschaft der Gesellschafter. — Aktiv- und Passivlegitimation der Gesellschaft als solcher. — Einreden gegenüber der Gesellschaft 39

§ 9. Die Klage aus § 1007 BGB. 45

§ 10. Berichtigungsanspruch und -verfahren bei Unwirksamkeit der Veräusserung eines Grundstücks. — Grundbuchberichtigung durch Eintragung des Eigentümers 47

Seite

§ 11. Die Rechtsverhältnisse zwischen dem Erwerber der von dem überlebenden Gesellschafter in Gemeinschaft mit dem vermeintlichen Erben veräusserten Sache und den Veräusserern. — Das Recht auf Eigentumsverschaffung nach BGB. — Schadensersatzansprüche des Käufers wegen Rechtsmangels. — Anfechtungsrecht des Verkäufers einer fremden Sache wegen Irrtums 52

§ 12. Die Ansprüche der Gesellschaft im Falle eines nach § 816 BGB. wirksamen Verkaufs von Gesellschaftsgegenständen gegen Dritte. — Die Ansprüche der Gesellschafter bei widerrechtlicher Verfügung eines Gesellschafters über Gesellschaftsgut; ihre Aktiv- und Passivlegitimation; Klageantrag. Die Ansprüche des wirklichen gegen den vermeintlichen Erben 59

Einleitung.

Pomponius libro tertio decimo ad Sabinum Si Titius cum quo mihi societas erat decesserit egoque cum putarem Titii hereditatem ad Seium pertinere, communiter cum eo res vendiderim et partem pecuniae ex venditione redactae ego, partem Seius abstulerit, te, qui re vera Titio heres es, partem ad me redactae pecuniae societatis iudicio non consecuturum Neratio et Aristoni placebat, quia meae dumtaxat partis pretia percepissem, neque interesse, utrum per se partes meas vendidissem an communiter cum eo, qui reliquas partes ad se pertinere diceret. alioquin eventurum, ut etiam, si duo socii rem vendiderint, unusquisque quod ad se pervenerit partem alteri societatis iudicio praestare debeat. sed nec te ex parte, quam hereditatis petitione forte a Seio consecuturus sis, quicquam mihi praestare debere, quia quod ad Seium pervenerit, tuarum partium pretium sit nec ad me habentem meum quicquam ex eo redire debeat.

Der Sinn der Stelle ist folgender: Zwischen Titius und einem anderen Gesellschafter hatte eine societas bestanden. Nach dem Tode des Titius verkaufte der überlebende Gesellschafter in Gemeinschaft mit Sejus, dem vermeintlichen Erben des Titius, gemeinschaftliche Sachen der Gesellschafter. Von dem aus dem Verkaufe erzielten Erlöse erhielt Sejus den einen, der überlebende Gesellschafter den andern Teil. Der wirkliche Erbe des Titius ist E. — Im Anschluss an den Fall wird die Frage erörtert, ob der wirkliche Erbe des Titius mit der actio pro socio einen Teil des Erlöses, den der überlebende Gesellschafter empfangen hat, für sich fordern dürfe. Pomponius hält die Klage für unbegründet, weil der in Anspruch genommene Gesellschafter nur den Erlös

seiner Anteile (partes) erhalten habe; es ist, wie er meint, unerheblich, ob der überlebende Gesellschafter seine Anteile für sich oder in Gemeinschaft mit dem vermeintlichen Eigentümer der anderen partes verkauft habe. Sonst müsste, wenn zwei Gesellschafter einen gemeinschaftlichen Gegenstand verkauft hätten, auf die a°pro socio jeder dem anderen einen Teil seines Erlöses herausgeben. Anderseits brauche aber auch der wahre Erbe des Titius nichts von dem, was er etwa mit der hereditatis petitio von Sejus erlange, herauszugeben. Denn der Erbe habe nur den Erlös für die Anteile des Titius erhalten; deshalb komme dem anderen Gesellschafter, der seinen Teil habe, davon nichts zu.

Im folgenden sollen die sich aus dem Falle der l. 62 cit. ergebenden Rechtsverhältnisse nach BGB. unter Berücksichtigung der römisch-rechtlichen Beurteilung erörtert werden. Dabei möge der verstorbene Gesellschafter mit A., der überlebende Gesellschafter mit B., der vermeintliche Erbe des A. mit F. und der wahre Erbe des A. mit E. bezeichnet werden, soweit nicht eine unmittelbare Bezugnahme auf den Inhalt der l. 62 cit. erforderlich erscheint. — Die Rechtslage ist folgende: Mit dem Tode des Gesellschafters A. ist mangels einer abweichenden Vereinbarung über das Fortbestehen der Gesellschaft die Auflösung der Gesellschaft eingetreten, § 727 Abs. 1 BGB. Nach der Auflösung der Gesellschaft findet hinsichtlich des Gesellschaftsvermögens unter den Gesellschaftern die Auseinandersetzung statt (§ 730 BGB.), und zur Ausführung derselben hat B. in Gemeinschaft mit F. die zum Gesellschaftsvermögen gehörige Sache an X. verkauft. Gemäss § 731 Satz 1 und 2 BGB. steht es im Ermessen der Gesellschafter, wie die Auseinandersetzung erfolgen, ob insbesondere das Gesellschaftsvermögen in Geld umgesetzt werden soll.

Der Kaufpreis ist an B. und F. nach dem Verhältnis der Anteile des A. und B. am Geschäftsgewinn gezahlt. Je nachdem, ob gemeinschaftliche Schulden der Gesellschafter beim Verkaufe der Sache vorhanden gewesen sind oder nicht, liegt in dieser Zahlungsvereinbarung eine

Anwendung des § 731 S. 1 oder lediglich eine Gewinnverteilung gemäss § 734 BGB.

Gesellschaftsvermögen ist der Erlös der Sache jedenfalls nicht geworden. In der Wissenschaft[1])[2]) ist zwar die Ansicht vertreten, dass gemäss § 718 Abs. 2 BGB. auch alle Erlöse veräusserter Bestandteile des Gesellschaftsvermögens als Surrogate desselben anzusehen seien. Aus dem Wortlaut des § 718 Abs. 2 BGB. in Verbindung mit ähnlichen Bestimmungen, z. B. § 201 BGB. ergibt sich jedoch, dass nur dasjenige, was unmittelbar kraft Gesetzes mit Mitteln des Gesellschaftsvermögens erworben ist, zu dem letzteren gehört. Der mit Mitteln des Gesellschaftsvermögens gemachte rechtsgeschäftliche Erwerb wird nur dann Gesellschaftsvermögen, wenn er, wie Beyer a. a. O. zutreffend ausführt, für das Gesellschaftsvermögen gemacht ist. Allein im vorliegenden Falle kann kein Zweifel bestehen, dass B. und F. für sich und nicht für die Gesellschaft erwerben wollten.

Mit dem Tode des A. ist dessen Vermögen als Ganzes auf E., seinen wirklichen Erben, unbeschadet des Rechts übergegangen, die Erbschaft auszuschlagen, §§ 1922, 1942 BGB.

Aehnlich gestaltet sich die Rechtslage nach römischem Rechte. Mit dem Tode des A. ist die Gesellschaft aufgelöst worden. Das Vermögen des A. ist mit dem Erwerbe der Erbschaft von seiten des E. auf diesen als Ganzes übergegangen (Grundsatz der Universalsukzession). Vorschriften über die unter den Gesellschaftern stattfindende Auseinandersetzung selbst sind uns in den Quellen nicht überliefert.

---

[1]) Vgl. Oertmann, Komm. z. BGB. 2b zu § 718 S. 781.
[2]) Beyer a. a. O. S. 332.

Abschnitt 1.

§ 1.

Die Entscheidung des Pomponius gründet sich darauf, dass der überlebende Gesellschafter lediglich den Erlös seiner Anteile an den verkauften Sachen erhalten habe und der Verkauf derselben zu dem Verkauf der übrigen Anteile nicht in Beziehung stehe. Die Gesellschaft des römischen Rechts ist durchaus individualistisch gestaltet; sie ist kein selbständiges Rechtssubjekt. Rechte und Pflichten knüpfen sich an die Gesellschafter.[1])

1. Nimmt ein Gesellschafter einem Dritten gegenüber ein Rechtsgeschäft vor, so wird grundsätzlich nur er berechtigt und verpflichtet, l. 64 D. 17, 2. Auf der anderen Seite gibt es kein Gesellschaftsvermögen. Das Eigentum und die Rechte, die im Namen der Gesellschaft erworben werden, gehören den Gesellschaftern. Jeder erwirbt einen ideellen Anteil an den gemeinschaftlichen Gegenständen, l. 68, D. 17, 2. Soweit gemeinschaftliches Vermögen vorhanden ist, steht es im Miteigentum der Gesellschafter (communio pro partibus indivisis). Wie jeder andere Miteigentümer, hat auch der Gesellschafter das Recht, über seinen Anteil zu verfügen. Er ist den anderen Gesellschaftern gegenüber lediglich obligatorisch verpflichtet, sich der Verfügung über seinen Anteil an den gemeinschaftlichen Sachen zu enthalten, soweit dies dem

---

[1]) Dernburg, Pand. II § 147 S. 348.

Gesellschaftszweck widerspricht.[1]) Verletzt er durch die Verfügung die durch den Gesellschaftsvertrag eingegangene Verbindlichkeit, so macht er sich schadenersatzpflichtig. Dieser Anspruch wird von den Gesellschaftern mit der a°pro socio geltend gemacht. Dass der überlebende Gesellschafter in Gemeinschaft mit Sejus über die Gegenstände im Ganzen verfügt hat, ist nach der Ansicht des Pomponius ohne Bedeutung.

2. Während also nach römischem Recht jeder Gesellschafter über die ihm an den res communes zustehenden Anteile verfügen darf, ist es nach BGB. nicht unbestritten, ob dem Gesellschafter an dem zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Gegenständen überhaupt ein ideeller Anteil zusteht. Jedenfalls aber kann ein Gesellschafter während des Bestehens der Gesellschaft nicht über seinen Anteil am gemeinschaftlichen Vermögen der Gesellschafter verfügen. In dieser Hinsicht sind die massgebenden Vorschriften in §§ 719, 709, 714, 715 BGB. enthalten. Zur Verfügung über die bezeichneten Gegenstände — eine solche über das Gesellschaftsvermögen im Ganzen ist schlechthin unmöglich — sind die Gesellschafter nur gemeinschaftlich berechtigt.

Die Stellung der Gesellschafter gegenüber dem Gesellschaftsvermögen nach Auflösung der Gesellschaft, ist nach § 730 Abs. 2 S. 1 zu beurteilen. Für die Beendigung der schwebenden Geschäfte, für die dazu erforderliche Eingehung neuer Geschäfte, sowie für die Erhaltung und Verwaltung des Gesellschaftsvermögens, gilt die Gesellschaft als fortbestehend, soweit der Zweck der Auseinandersetzung es erfordert. Die Bedeutung dieser Vorschrift ist streitig.[2]) Nach der herrschenden Ansicht bleibt das Gesellschaftsvermögen während der Auseinandersetzung noch selbständiges Gesellschaftsvermögen in dem Sinne, dass ein Gesellschafter auch jetzt nicht über seinen

---

[1]) Dernburg, Pand. II § 147 S. 348 gemacht. Durch den Tod eines Gesellschafters fällt aber auch die obligatorische Schranke weg, l. 59, D. 17, 2.

[2]) Oertmann, Komm. z. BGB. 1 zu § 730.

Anteil am gemeinschaftlichen Vermögen oder den einzelnen dazu gehörenden Gegenständen verfügen kann. Hiernach würde sich für den vorliegenden Fall folgendes ergeben: 1. Eine Verfügung des Gesellschafters B. über seinen Anteil könnte nicht in Betracht kommen, sie wäre nichtig und würde nicht einmal, wie die Verfügung von seiten eines Nichtberechtigten, durch Zustimmung der anderen Gesellschafter wirksam werden (RG. v. 26. IV. 1904 in RGZ. 57, 414).[1]) Für das Rechtsverhältnis zwischen B. und E. träfe hiernach die Entscheidung des Pomponius nach geltendem Recht nicht zu. 2. Die von B. und F. über die Sache im Ganzen getroffene Verfügung würde als Verfügung von seiten eines Nichtberechtigten beurteilt werden müssen und den Grundsätzen unterliegen, die für solche Verfügungen gelten, §§ 719 Abs. 1, 730 Abs. 2 Satz 2, 185 BGB.

Nach einer anderen Ansicht verwandelt sich dagegen das am Gesellschaftsvermögen bestehende Eigentum der Gesellschafter mit der Auflösung der Gesellschaft in freies Miteigentum nach Bruchteilen. Diese Ansicht wird besonders von Gierke und Joerges vertreten.[2]) Gierke kommt zu diesem Ergebnis aus einem Vergleich der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts und der offenen Handelsgesellschaft. Die aufgelöste Gesellschaft des bürgerlichen Rechts gehe in eine Auseinandersetzungsgesellschaft über, die grundsätzlich Gemeinschaft nach Bruchteilen sei und nur durch einzelne Bestimmungen im Sinne fortbestehender gesamter Hand abgewandelt werde. Der Auflösung der offenen Handelsgesellschaft folge dagegen in der Regel die gesetzlich geordnete Liquidation, bis zu deren Beendigung das Gesellverhältnis wirksam bleibe.[3]) Joerges führt diesen Ge-

---

[1]) Planck a. a. O. 3 zu § 719 S. 754.

[2]) Gierke, Arch. Bürg. R. 19, 129. (Ueber Gierkes grundsätzliche Stellung zu dieser Frage vgl. Gierke, Gen. Theorie S. 346 Anm. 3 u. S. 516 Anm. 2; Joerges, ZHR. 51, 58; Endemann a. a. O. 1 S. 1144 Anm. 66; Goldmann-Lilienthal, BGB. 2, 168 Anm. 17).

[3]) Gierke a. a. O. Joerges a. a. O.

danken weiter aus, indem er unter Hinweis auf § 727 Abs. 2 S. 3, 728, 729 u. 739 BGB. nachzuweisen sucht, dass die Gesellschaft des BGB. nach ihrer Auflösung nur in bestimmten Beziehungen fortbestehe; das Gesetz zähle diese kasuistisch auf. Aus der Vorschrift des § 730 Abs. 2 S. 1 insbesondere folgert er, dass sich mit dem Eintreten der Auflösungstatsache das „Gesellschaftsvermögen" in „gemeinschaftliches Vermögen" verwandele, aber das letztere werde in bestimmten Beziehungen noch als Gesellschaftsvermögen behandelt; das Gesetz zähle diese kasuistisch auf. Wie weit diese Behandlung Platz greife — insofern sind die Ausführungen von Joerges hier unmittelbar von Bedeutung — bestimme sich nach den Umständen des einzelnen Falles. Während z. B. eine Veräusserung der Quote möglicherweise gleichgiltig sein könne, da hierdurch wegen der dinglichen Wirkung der Verträge der Gemeinschafter für die Auseinandersetzung die Versilberung nicht gehindert werde, könne sich sehr wohl eine dingliche Belastung im Einzelfalle für die Veräusserung störend erweisen. Nach dieser Lehre kann also jeder Gesellschafter über seinen Anteil an den einzelnen Gesellschaftsgegenständen verfügen, soweit nicht die Verfügungsbeschränkung des § 730 Abs. 2 S. 1 BGB. entgegensteht. Im gegebenen Falle würde indes eine solche Verfügungsbeschränkung aus dem von Joerges angegebenen Grunde nicht anzunehmen sein. War aber B. über seinen Anteil an der veräusserten Sache zu verfügen befugt, so muss die Entscheidung in l. 62 cit. hinsichtlich des Rechtsverhältnisses zwischen B. und F. auch nach geltendem Recht zutreffend erscheinen. Denn wenn B. über den ihm zustehenden Anteil wirksam verfügt hat, dies einmal vorausgesetzt, so kann er nicht auf Kosten der Gesellschaft oder des F. ungerechtfertigt bereichert worden sein. Ein anderer Grund für die Haftung des B. gegenüber dem F. kommt aber nach Lage der Sache nicht in Betracht. Vielleicht könnte man daran denken, dass der erzielte Erlös der Sache Surrogat des Gesellschaftsvermögens geworden sei und bis zur Teilung unter den Gesellschaftern gemeinschaftliches Vermögen derselben

bleibe. Diese Ansicht ist jedoch bereits in anderem Zusammenhange zu widerlegen versucht worden. – Bei der Erörterung der Frage, ob dem B. gegen F. nach der Lehre von Joerges ein Anspruch zustehe, ist bisher stillschweigend vorausgesetzt worden, 1. dass B. eine wirksame Verfügung über seinen Anteil an der veräusserten Sache getroffen, und 2. dass die empfangene Summe seinem Anteile entsprochen hat. Zu 1. hat B. in Gemeinschaft mit einem Nichtberechtigten, dem F., über die in Rede stehende Sache im Ganzen verfügt. Hinsichtlich des Anteils des E. würde diese Verfügung auch bei gutgläubigem Erwerb des Käufers X. unwirksam sein, §§ 935, 857 BGB. Ob aber X. den Anteil des B. erworben hat, ist vom Joerges'schen Standpunkte aus gemäss § 139 BGB. unter Würdigung der Umstände des Falles zu beurteilen,[1]) vgl. hierzu RG. vom 23. III. 04 in RGZ. 59, 174. Da wir nur den Grund des Verkaufes (die Auseinandersetzungsabsicht), nicht den des Kaufes kennen, würde hier also jedenfalls sowohl die Wirksamkeit wie die Unwirksamkeit der Veräusserung des dem B. zustehenden Anteils in Betracht zu ziehen sein.[2]) Zu 2. stünden dem B. und E. an der durch die Geschäftsführung der Gesellschaft erworbenen Sache mangels abweichender Vereinbarung nach §§ 734, 722 gleiche Anteile zu.[3])

Zu diesem Ergebnis führen die beiden Lehren, von der Gierkes abgesehen, weil sie von entgegengesetzten Voraussetzungen ausgehen. Die Vertreter der einen Ansicht verstehen unter dem Anteil der Gesellschafter am Gesellschaftsvermögen (§ 719 Abs. 1) Bruchteile im Sinne des BGB., die zwar schlummernd (latent), aber doch schon während des Bestehens der Gesellschaft vorhanden seien. Die herrschende Meinung versteht unter dem Anteil in § 719

[1]) Wolff in Jherings J. 44, 189, vgl aber v. Seeler, Miteigentum S. 42.

[2]) Rehbein, BGB. 1, 193 zu § 139; Goldmann-Lilienthal a. a. O. 1, 180.

[3]) Anders bei dem quoad sortem eingebrachten Gegenständen, vgl. Goldmann-Lilienthal a. a. O. 2, 169 A. 16.

Abs. 1 BGB. im wesentlichen Wertanteile oder Mitgliedsrechte. Wenn aber der Anteil, der dem Gesellschafter vor der Auflösung der Gesellschaft zusteht, kein Bruchteil im Sinne des BGB. ist, so kann ein solcher naturgemäss auch bei der Auflösung der Gesellschaft nicht ohne weiteres in die Erscheinung treten. Nach dieser Ansicht muss deshalb, wie Planck[1]) zutreffend hervorhebt, bei der Auflösung der Gesellschaft sowohl für die Rückgewähr einer von den Gesellschaftern eingebrachten Sache als auch bei der Verteilung des Ueberschusses, wenn diese dadurch geschieht, dass die Gesellschafter eine Sache nach Bruchteilen erhalten — §§ 733, 734 BGB. — Eigentumsübertragung erfolgen. Ebenso erscheint umgekehrt Eigentumsübertragung auch dann erforderlich, wenn das mehreren Personen nach Bruchteilen zustehende Eigentum in Miteigentum zur gesamten Hand umgewandelt werden soll.

§ 2.

Nach den Ausführungen von Joerges kann es den Anschein gewinnen, als ob sich die Entscheidung unserer Streitfrage schon unmittelbar aus den Vorschriften über die Auflösung der Gesellschaft und die Auseinandersetzung (§§ 723—30, 731—35 BGB.) ergebe. Es ist daher zunächst auf diese zurückzugehen. Joerges weist darauf hin, dass das Gesetz in §§ 727 Abs. 2 Satz 3, 728, 729 u. 730 einige Beziehungen aufzähle, hinsichtlich deren die Gesellschaft, trotz ihrer Auflösung, als fortbestehend gelte, und zieht daraus den Schluss, dass die Gesellschaft nach der Auflösung nur in diesen Beziehungen fortbestehe, und das Gesellschaftsvermögen als freies gemeinschaftliches Vermögen im technischen Sinne anzusehen sei. Die §§ 727, 728 u. 729 können jedoch zur Beweisführung überhaupt nicht herangezogen werden. Die hier gebrauchten Wendungen: „Die Gesellschaft gilt insoweit als fortbestehend" sind aus § 673 BGB. übernommen und sollen, wie Staub[2]) nachgewiesen hat, nur zum Ausdruck

[1]) Planck a. a. O. 9 zu § 925 S. 206.
[2]) Staub, Komm. z. HGB. 4 zu § 138 S. 514, 515.

bringen, dass die Gesellschafter die laufenden Geschäfte ohne Rücksicht auf die Auflösung der Gesellschaft fortzuführen haben. Das Wesen der Auseinandersetzungs-Gesellschaft wird durch sie nicht berührt. Aus der Vorschrift des § 730 Abs. 2 S. 1 BGB. allein aber wird sich die Schlussfolgerung von Joerges kaum rechtfertigen lassen. Ihr Sinn ergibt sich vielmehr aus dem Zusammenhange mit den Vorschriften über die Auseinandersetzung, §§ 731—735 BGB. Hiernach gestaltet sich die Auseinandersetzung wie folgt: Zunächst sind die der Gesellschaft von einem Gesellschafter zur Benutzung überlassenen Gegenstände zurückzugeben. Das verbleibende Gesellschaftsvermögen dient 1. zur Berichtigung der gemeinschaftlichen Schulden und 2. zur Zurückerstattung der Einlagen. Zu diesem Zwecke ist das Gesellschaftsvermögen, soweit erforderlich, in Geld umzusetzen, § 733 Abs. 3. Der Ueberschuss „gebührt" den Gesellschaftern nach den Gewinnanteilen, § 734, vgl. auch § 731 S. 2 BGB. Danach findet eine Umsetzung des Gesellschaftsvermögens in Geld nur in beschränktem Umfange statt. Das Gesetz scheint eher die Erhaltung des gemeinschaftlichen Vermögens zu begünstigen; dies kann man aus der Stellung der Vorschrift des § 733 Abs. 2 „vor" § 734, die im ersten Entwurf des BGB. hinter dieser Vorschrift stand, und einem Vergleich der §§ 734, 733 Abs. 3 des BGB. mit §§ 155, 149 HGB., die eine „vollständige" Umsetzung des Gesellschaftsvermöges in Geld bezwecken, ersehen. Die Gesellschaft des BGB. scheint allerdings bestrebt, eine Gemeinschaft nach Bruchteilen zu werden. Dafür spricht auch die Entstehungsgeschichte der Vorschriften der §§ 730—735. Sie finden sich fast wörtlich schon im ersten Entwurf des BGB., dessen Gesellschaftsrecht durchaus römisch-rechtlich gestaltet war. Ausser der erwähnten Umstellung des jetzigen § 733 Abs. 3 ist nur noch eine sprachliche Aenderung auszuführen: Der erste Entwurf spricht von gemeinschaftlichem, das BGB. in §§ 733—735 von Gesellschaftsvermögen (vgl. aber § 718 Abs. 1). In § 734 BGB. wird auch dieses Wort vermieden. Vor allem aber ist die Bestimmung, wonach die Gesellschafter

nach der Auflösung der Gesellschaft bis zur Auseinandersetzung gegen einander nur insoweit berechtigt und verpflichtet bleiben sollten, als es der Zweck der Auseinandersetzung — die „Berechtigung und Ausgleichung der Verbindlichkeiten“[1]) — erfordere, fast wörtlich in das BGB. übergegangen. Endlich besteht die Auseinandersetzungsgesellschaft insofern nur „in gewissen Beziehungen“ fort, als es der Zweck der Auseinandersetzung erforderlich macht. Dagegen finden auf die Liquidationsgesellschaft des Handelsrechts (gemäss § 156 HGB.) alle Vorschriften über die offene Handelsgesellschaft (§§ 128 ff. HGB.) Anwendung, soweit nicht eine ausdrückliche Liquidationsvorschrift oder der Zweck der Liquidationsgesellschaft entgegensteht.[2]) Daher ist hier die Annahme unbedenklich, dass nach Auflösung der Gesellschaft das Eigentum zur gesamten Hand verbleibt (RG. v. 5. XII. 89 in RGZ. 25, 256). Ebenso besteht nach Beendigung der Gütergemeinschaft das Gemeinschaftsverhältnis der gesamten Hand bis zur durchgeführten Auseinandersetzung fort; denn in § 1471 Abs. 2 BGB. ist die Anwendung des § 1442 ausdrücklich vorgeschrieben. Der Unterschied zwischen diesen Vorschriften und der Bestimmung des § 730 Abs. 2[3]) liegt auf der Hand. Gewisse Zweifel, ob die Gesellschaft des BGB. nach ihrer Auflösung noch fortbestehe und -wirke, lassen sich mithin nicht beseitigen. Allein von einer sich kraft Gesetzes vollziehenden Umwandlung des Gesamteigentums in freies Miteigentum wird nur da die Rede sein können, wo sie das Gesetz ausdrücklich vorschreibt, wie z. B. in Abs. 2 des § 2047 BGB.[4]) Andernfalls ist wie bei jedem „Eigentumswechsel“, der nicht kraft Gesetzes erfolgt, Eigentumsübertragung erforderlich.[5]) Fraglich kann nur sein, inwiefern bei der Umwandlung von Gesamt- in freies Mit-

---

[1]) Motive bei Mugdan, Mat. S. 350.

[2]) Staub a. a. O. 1, 14 zu § 156 S. 566, 568.

[3]) Wegen der Auslegung des § 730 Abs. 2 Satz 2 BGB. vgl. unten S. 31, 32.

[4]) Joerges a. a. O 51, 60.

[5]) Vgl. hierzu Turnau-Foerster, Lieg.-R. 1, 360. Goldmann-Lilienthal 2, 165 A. 8.

eigentum von einem Eigentumswechsel gesprochen werden kann, wenn dieselben Personen Eigentümer bleiben. Beim Eigentumswechsel kann entweder eine Veränderung in der Person der Eigentümer oder ein Wechsel in dem Anteilsverhältnisse eintreten.

§ 3.

Einen Wechsel in der Person der Eigentümer nimmt in den gedachten Fällen Fuchs[1]) an (vgl. auch KG. vom 17. I. 98 in KGJ. 17, 47.[2]) Ohne die Gesellschaft als juristische Person anzusprechen, sieht Fuchs das Gesellschaftsvermögen als „ein selbständiges Zweckvermögen analog der Stiftung" an. Die Gesellschaft sei allerdings kein besonderes Rechtssubjekt, sondern ein Rechtsverhältnis und ihr Vermögen „Vermögen der Gesellschafter", aber wieder eine von ihrem sonstigen Vermögen gesonderte Masse, deren Einheit und Selbständigkeit sich negativ aus ihrer Verschiedenheit gegenüber der Teilgemeinschaft, aus dem Fehlen der Bruchteile ergebe. Dazu komme die besondere Gestaltung der Aufrechnungsbefugnis in § 719 A. 2 BGB. und der Zwangsvollstreckung in § 124 Abs. 2 HGB., §§ 736, 859 ZPO. Positiv aber entscheide, dass die Personengesamtheit, der das Gesellschaftsvermögen zustehe, sich aus den jeweiligen Gesellschaftern zusammensetze und sich nicht bestimmen lasse nach der Persönlichkeit derer, die durch Zeit der Ueberführung einer Sache in das Gesellschaftsvermögen Gesellschafter gewesen seien, § 738 BGB. — Aus § 738 folgt der Grundsatz der An- und Abwachsung (vgl. besonders RG. v. 23. XI. 1907 in J. W. 1907 S. 303).[3]) Das Vorhandensein ideeller Anteile am gemeinschaftlichen Vermögen der Gesellschafter lässt sich mit dieser Vorschrift in der Tat schwer vereinigen.[4]) Doch stehen auch der

---

[1]) Fuchs, GBR. 1, 209 ff. zu § 925.
[2]) Ebenso Hölder, Jur. Pers. S. 326 f.
[3]) Vgl. auch KG. v. 15. VIII. 1907 in RJA. Bd. 9.
[4]) Vgl. jedoch Nagler, Sächs. Arch. IX, 740.

Lehre von Fuchs Bedenken entgegen. Will man die Gesellschaft als ein selbständiges Zweckvermögen ansehen, so wird man sie folgeweise als Eigentümerin des Gesellschaftsvermögens und die Gesellschafter als ihre Vertreter ansehen müssen.[1])

Die sich daraus ergebenden materiellen und prozessualen Folgen widerprechen jedoch dem positiven Recht.[2]) Das Gesetz spricht weiterhin von „Anteilen der Gesellschafter". Anteile der Eigentümer aber lassen sich nur denken, wenn die Gesellschafter selbst Eigentümer des Gesellschaftsvermögens sind,[3]) nicht ein über ihnen stehendes Rechtssubjekt. Damit steht auch im Einklang, dass die „Gesellschafter" persönlich berechtigt und verpflichtet werden und die „Gesellschaft" keine Schulden haben kann.[4]) Das Gesetz erkennt also ein von den Gesellschaftern verschiedenes Rechtssubjekt nicht an und gibt dem in dem Satze, dass das Gesellschaftsvermögen den „Gesellschaftern" gehöre (§ 718 Abs. 1 BGB.), noch besonderen Ausdruck.

§ 4.

1. Die Natur der Anteile der Gesellschafter am Gesellschaftsvermögen ist — darüber herrscht Einigkeit — aus dem Wesen der gesamten Hand zu bestimmen. Dieses sieht Gierke[5]) in der „vermögensrechtlichen Wirksamkeit einer personenrechtlichen Gemeinschaft". Den Gegensatz bildet die individualistische Gestaltung eines gemeinschaftlichen Rechts. Wenn, wie Gierke ausführt, ein Recht mehreren unverbundenen Subjekten gemeinsam zustehe, so könne ein jeder nur entweder nach Anteilen oder nach dem Solidarprinzip auf das Ganze berechtigt oder verpflichtet sein.[6]) Insoweit dagegen eine „persön-

[1]) Vgl. Meyer, Eigentumsverh. S. 62.

[2]) Hellwig, Anspr. S. 199 u. Staub a. a. O. 20 zu § 128 S. 489.

[3]) Sohm, Gegenstand S. 23, 67.

[4]) Güthe, GBO. 16 zu § 20 S. 435. Nagler a. a. O. S. 701. Joerges a. a. O. 49, 185.

[5]) Gierke, Gen. Theorie S. 355.

[6]) Derselbe a. a. O. S. 344.

liche Verbundenheit" der Subjekte in einer Vermögensgemeinschaft zur Geltung gelange, träten die den Subjekten in ihrer Verbundenheit zuständigen Rechte und Verbindlichkeiten als Bestandteile einer „rechtlichen Gesamtsphäre" aus der „Sondersphäre" des einzelnen heraus und könnten daher einem jeden für sich weder ganz noch teilweise zugeschrieben werden."[1]) — Im BGB. selbst findet sich ein Ausdruck des Grundsatzes[2]) der gesamten Hand nicht. Der Gedanke der gesamten Hand spricht sich vielmehr nur in Einzelvorschriften aus, vgl. §§ 718 719, 717, 738 BGB., §§ 736, 859 ZPO. Hier kommt nur die Stellung der Gesellschafter gegenüber dem Gesellschaftsvermögen in Betracht. Sie ergibt sich aus §§ 718, 719 BGB. Bemerkenswert ist, was in dieser Hinsicht die Protokolle hervorheben: „Die Bestandteile des Gesellschaftsvermögens sind, wie dort ausgeführt wird, nicht nach „festen" Bruchteilen geteilt, es bestünden nur Grundsätze über die Verteilung des Gewinnes und über die Auseinandersetzung, das ganze Gesellschaftvermögen sei zur Deckung der Lasten und Schulden gebunden."[3]) — Dies trifft auch nach BGB. zu.

2. Die Vertreter der Lehre der „geteilten Mitberechtigung" verstehen unter der „Anteilsberechtigung" der Gesellschafter im Sinne des § 719 Abs. 1 die Berechtigung nach Bruchteilen. In der Beschränkung der Verfügungsfreiheit der Gesamteigentümer bestehe der Unterschied des Gesamteigentums vom Miteigentum und das Wesen der gesamten Hand.[4]) — Wenn aber die Gesellschafter am Gesellschaftsvermögen berechtigt sind und mit der Auflösung der Gesellschaft die Verfügungsbeschränkung wegfällt, muss sich „folgeweise" nach der Auflösung das Gesamtvermögen wiederum in freies Miteigentum ver-

---

[1]) Gierke a. a. O. S. 345. Vgl. auch Binder a. a. O. S. 9 ff.

[2]) Prot. bei Mugdan a a. O. S. 990.

[3]) Mugdan a. a. O.

[4]) Goldmann-Lilienthal a. a. O. 11, 169 A. 17, vgl. auch RG. v. 15. II. 92 in RGZ. 30, 152 und vom 23. XII. 93 in Gruchots Beitr. 38, 1061 f.

wandeln. Dieser Schluss ist mangels besonderer Vorschrift des Gesetzes unabweislich, wenn er auch merkwürdigerweise nicht überall gezogen wird.[1]) — Die verschiedenen Versuche, die Lehre von der geteilten Mitberechtigung zu begründen, lassen sich etwa folgendermassen zusammenfassen[2]): Da die Gesellschaft ein Rechtsverhältnis, kein Rechtssubjekt sei, müsse das Gesellschaftsvermögen den einzelnen Gesellschaftern gehören.[3]) Die Beziehungen der Gesellschafter zum Gesellschaftsvermögen (Anteil) könnten wiederum verschiedener Art sein. Jedem Gesellschafter könne das volle Eigentum — dominium plurium in solidum — zustehen. Dem stehe aber gerade die Eigenart des Gesamthandverhältnisses entgegen, die die Verfügungsgewalt des einzelnen ausschliesse.[4]) Das Rechtsverhältnis könne aber auch so gedacht sein, dass keinem der Gesellschafter das Eigentum für sich zustehe, sondern in ihrer rechtlichen Vereinigung. Dieser Annahme fehle wieder die notwendige personenrechtliche Grundlage. Denn das Gesetz kenne als Rechtssubjekte nur die natürlichen und die juristischen Personen. Personengemeinschaften aber, die ohne allgemein rechtsfähig zu sein, als „einheitlichte Rechtssubjekte" aufträten, seien für das BGB. von der Hand zu weisen.[5])[6]) Daher sei die Gesamtheit der Gssellschafter rechtlich nicht von der Summe der einzelnen Gesellschafter verschieden. Diesen aber schreibe das Gesetz in § 719 ausdrücklich „Anteile" am Gesellschaftsvermögen und den einzelnen dazu gehörenden Gegenständen zu; nur verbiete es den Gesellschaftern die Verfügung über ihre Anteile. Letztere wiederum könnten am Gesellschaftsvermögen

---

[1]) Joerges a. a. O. 51, 58. Goldmann-Lilienthal a. a. O. 2, 169 A. 19. Dagegen Nagler a. a. O. S. 747.

[2]) Joerges a. a. O. 51, 55. Nagler a. a. O. S. 723 f. Goldmann-Lilienthal 1, 773, 2, 168 A. 18. Hellwig a. a. O. 198 A. 1.

[3]) Nagler a. a. O.

[4]) Joerges a. a. O. 51, 54 f., vgl. auch Binder a. a. O.

[5]) Nagler a. a. O. S. 719 ff., vgl. hierzu Binder a. a. O. S. 25.

[6]) Vgl. jetzt auch noch Binder, Das Problem der juristischen Persönlichkeit. Leipzig 1907, S. 73—93.

oder an den einzelnen Gegenständen bestehen. Im BGB. gebe es jedoch keine Vermögensinbegriffe, die „einheitliche Rechtsobjekte seien mit einheitlicher Zuständigkeit."[1]) Unter den Anteilen am Gesellschaftsvermögen habe man daher die Summe der einem Gesellschafter zustehenden Anteile an den einzelnen Bestandteilen zu verstehen. — Das Wesen des Gesellschaftseigentums besteht nach dieser Lehre in der Verfügungsbeschränkung der Miteigentümer, welche wie bei jeder anderen Gemeinschaft nach Bruchteilen berechtigt seien. — Dagegen macht Planck[2]) zutreffend geltend, dass hiernach die Gesellschafter an den einzelnen Gegenständen unter Umständen verschieden grosse Anteile haben würden; denn ihr Anteil an den durch die Geschäftsführung für die Gesellschaft erworbenen Gegenständen würde durch den Anteil am Gewinne (§ 734 BGB.), ihr Anteil an den eingebrachten Gegenständen nach den ihnen vor der Einbringung zustehenden Anteilen bestimmt werden. Dieses Ergebnis erscheint zwar an sich[3]) mit der Lehre von der geteilten Mitberechtigung nicht unvereinbar. Doch bleibt die weitere Frage offen, welchen Anteil der „neu eintretende Gesellschafter" an diesen oder jenen Gegenständen erhalten oder die alten Gesellschafter nach dem Eintritt eines neuen Gesellschafters behalten sollen. Ueberhaupt erklärt diese Lehre nicht, wie Gierke[4]) hervorhebt, die Möglichkeit des An- und Abwachsens der Teilrechte ohne Eigentumsübertragung. Eine Gemeinschaft mit unsichtbaren Anteilen ist eben keine Bruchteilsgemeinschaft, deren Wesen in der „anteiligen Zuständigkeit und in der Verfügbarkeit der Bruchteile" besteht.[5])[6])

---

[1]) Joerges a. a. O. 49, 181, 172 f., Nagler a. a. O.

[2]) Planck a. a. O. 9 zu § 25 S. 206.

[3]) Goldmann-Lilienthal a. a. O. 2, 168 A. 19.

[4]) Gierke, Sachenr. S. 389.

[5]) Sohm a. a. O. S. 70 Anm. 11.

[6]) Fuchs a. a. O. S. 212 meint: Wenn das Wesen des Gesellschaftseigentums nach der Lehre von der get. Mitber. in der Verfügungsbeschränkung bestehe, müsse die „Einbringung" „Eigentumswechsel" oder „Beschränkung der Verfügungsfreiheit" sein; im letzteren

3. Der Begriff der Anteile „von sachenrechtlichem Gehalt" bildet auch den Ausgangspunkt der Lehre von der ungeteilten Mitberechtigung, die insbesondere von Gierke begründet ist und die herrschende Meinung bildet (vgl. RG. v. 2. XI. 1903 in RGZ. 56, 96 ff.). Gierke unterscheidet das „Gesamtrecht" und die „Sonderrechte" der Gemeiner. Das „Gesamtrecht" erscheine als ein gesamthändiges Eigentum an dem Vermögen einer unkörperlichen Gesamtsache sowie an den Einzelsachen und Rechten; Subjekt seien die Gemeiner in ihrer Verbundenheit zu einer „Personeneinheit".[1]) — Die Anteile ergreifen nach Gierke zunächst das Vermögen als Ganzes, mittelbar jedoch auch die einzelnen Gegenstände, § 719 BGB. Sie seien Real- oder Wertanteile, jene, wie grundsätzlich die Anteile der „Gesellschaft" (§§ 731, 752 BGB.), stellten für den Fall der Lösung des Bandes Naturalteile, diese, wie die Anteile eines ausscheidenden Gesellschafters (§ 738 BGB.), eine Geldabfindung in Aussicht; während des Bestehens der Gesellschaft besässen die Gesellschafter aber nur einen anwartschaftlichen Anspruch auf jene Wert- oder Realanteile (§§ 721, 722 BGB.).[2]) Die An- und Abwachsung erklärt[3])[4]) diese Lehre durch die Unabhängigkeit des, wie ausgeführt, als unkörperlich gedachten Gesamtrechts von den Sonderrechten. Die Unwirksamkeit von Verfügungen über Teile des Ganzen wie der einzelnen Vermögensgegenstände erscheinen nach dieser Lehre nicht als Wesen,

---

Falle dürfe daher auch die Einbringung einer Sache von seiten eines Alleineigentümers Eigentumswechsel nicht bedeuten; dagegen mit Recht Goldmann-Lilienthal a. a. O. 2, 169 A. 19. Man könnte wohl nur sagen: Einbringung ist stets Eigentumswechsel oder „nur" dingliche Bindung; denn nur das gemeinschaftliche Eigentum „aller" Gesellschafter ist Gesellschaftsvermögen; Einbringung bedeutet stets dingliche Bindung. Vgl. hierzu auch Binder, Die Rechtsstellung des Erben S. 15 ff. und das Problem der jur. Pers. a. a. O.

[1]) Gierke, Sachenr. S. 390 und Staub a. a. O. S. 27 u. 29 zu § 105 S. 417, 418.

[2]) Gierke a. a. O. S. 391 ff.

[3]) Gierke a. a. O.

[4]) Gierke, Vereine S. 24.

sondern als Folge des Gesamthandverhältnfsses. Die Notwendigkeit der Eigentumsübertragung bei Einbringung einer Sache in die Gesellschaft und bei Umwandelung von Gesamt- in Miteigentum nach Bruchteilen ergibt sich aus dem Mangel ideeller Anteile, da an Stelle der Sonderrechte die „einheitliche Zuständigkeit der Gesamtheit“[1]) tritt. Wenn aber Gierke im vorliegenden Falle die Ansicht vertritt, die Auseinandersetzungsgesellschaft des BGB. sei grundsätzlich eine Gemeinschaft nach Bruchteilen, so ist das ein Widerspruch mit seiner eigenen Lehre.[2]) — Gegen diese Theorie spricht vor allem, dass das „Vermögen“ als Ganzes nach BGB. nicht Gegenstand eines besonderen Rechts ist. Es gibt, wie Binder[3]) hervorhebt, eine „Vindikation der einzelnen Sachen, nicht der „universitas iuris“; das Recht gewährt ferner dem Vermögen als solchem keinen Schutz gegen Beschädigungen.[3]) Die Gierkesche Lehre kann freilich auch ohne das Gesamtrecht am Vermögen bestehen.[4]) Denn wesentlich ist hier nur „Zuständigkeit des ungeteilten Rechts“ — eines Ganzen oder eines einzelnen Gegenstandes an mehrere Rechtssubjekte. Doch ist auch der Begriff der „Anteile“, wie ihn Gierke entwickelt, abzulehnen. Nach der Lehre von Gierke enthält der „Anteil“ die Anwartschaft auf einen Natural- oder Wertanteil, je nachdem die Gesellschafter der Gesellschaft bis zu ihrer Auflösung angehören oder nicht, er ist also ein Anteil von unbestimmter Art. Dass dies nach dem BGB. nicht zutrifft, ergibt sich aus § 738. Denn mit dem Ausscheiden eines Gesellschafters scheidet nicht auch dessen „Anteil“ aus dem Gesellschaftsvermögen aus, sondern „wächst vielmehr den übrigen Gesellschaftern zu“, während diese verpflichtet sind, den Ausscheidenden abzufinden. Endlich kann nicht zugegeben werden, dass die „verbundene Personenmehrheit“ als solche rechts- und

---

[1]) Nagler a. a. O. S. 708.

[2]) Gierke, Arch. Bürg. R. 19, 129, vgl. auch Gierke, Sachenr. S. 790 Anm. 67.

[3]) Binder, III S. 14. Sohm a. a. O. S. 18, 69.

[4]) Oertmann, BGB. S. 716, vgl. auch Binder a. a. O. S. 27.

handlungsfähig ist.[1]) Denn entweder ist die Gesellschaft ein Rechtsverhältnis, dann können nur die einzelnen Gemeinschafter berechtigt sein, oder sie ist ein Rechtssubjekt, dann muss sie juristische Person sein. Ein Zwischengebilde kennt das BGB. nicht.[2]) Ist wirklich die „Personeneinheit" das Subjekt des Gesellschaftsvermögens, so ist nicht ersichtlich, weshalb diese „Personeneinheit", wie noch zu zeigen sein wird, als solche nicht Schulden haben kann oder parteifähig ist.

Vom richtigen Gesichtspunkt scheint Sohm auszugehen, dem Oertmann im wesentlichen folgt[3]): Bei der

[1]) Gierke, Gen. Theor. S. 343 u. Vereine S. 29.

[2]) Sohm S. 65 A. 1.

[3]) Sohm a. a. O. S. 68. Oertmann a. a. O. S. 760. Vgl. hierzu neuerdings auch Binder, Der Gegenstand in Goldschmidts Zeitschrift 1906/07 Bd. 59 S. 57 ff., besonders S. 63. Binder gibt zwar zu, dass Sohms Ausgangspunkt bei der Unterscheidung der vermögensrechtlichen Anteile (Bruchteile) und der personenrechtlichen Anteile richtig sei. „Die Besonderheiten derjenigen Rechtsgemeinschaft, die wir Gesamthand nennen," führt er a. a. O. aus, „leugnen zu wollen, wäre Torheit; aber daraus, dass die Teilhaberschaft an den gemeinsamen Vermögensrechten mit der Mitgliedschaft steht und fällt, könne nicht gefolgert werden, dass die erstere nicht vermögensrechtlicher Natur sei. Das Wesen der Gesamtberechtigung bestehe nur in der Verfügungsbeschränkung des einzelnen Gesamthänders." Binder macht diese Unterscheidung, weil er sich nicht dazu verstehen kann, die von Sohm gezogenen Folgerungen anzuerkennen. Lässt es sich aber, was Binder a. a. O. S. 61, 63 und im „Problem S. 88 allerdings leugnet, denken, dass zwar die einzelnen Anteile der Gesamthänder personenrechtlicher Natur (Personenrechte), keine Gegenstände sind — mag ihr Wesen nun in der Verfügbarkeit, wie Sohm, oder in ihrer vermögensrechtlichen Natur beruhen, wie Binder annimmt —, dass indes das Gesamtrecht gleichwohl einen Gegenstand in dem einen oder anderen Sinne bildet, dann kommt man zu der im Text vertretenen Ansicht. Der springende Punkt ist nach Binders Meinung folgende Erwägung (a. a. O. S. 64): „Aus der Beobachtung, dass man über nichts anderes als über Gegenstände verfügen könne, folge nicht, dass etwas, worüber die Verfügung ausgeschlossen sei, kein Gegenstand sei." Ist dieser Satz richtig, so steht er doch der Annahme nicht entgegen, dass die Natur des „Anteils" eines Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen und überhaupt des Gesamthänders in dem Mitgliedschaftsrechte aufgeht und dieses „Bruchteile" (d. i. vermögensrechtliche Anteile) nicht vermittelt, oder um Binders Worte zu gebrauchen,

gewöhnlichen Anteilsberechtigung entsteht, wie Sohm ausführt, die Gemeinschaft aus der Tatsache der Beteiligung am gemeinschaftlichen Recht; bei der Gesamthand entstünden umgekehrt die einzelnen Anteilsrechte erst aus der anderweit begründeten Gemeinschaft. — Diese Ansicht findet ihre Stütze in § 738 BGB. Denn die Berechtigung der Gesellschafter am Gesellschaftsvermögen hängt von der Zugehörigkeit zur Gesellschaft ab. Die Gesamtberechtigung des neu eintretenden Gesellschafters entsteht ohne jede Uebertragung mit seinem Eintritt in die Gesellschaft; durch „Verfügung" über die zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Gegenstände kann sie, wie Sohm zutreffend bemerkt, nicht begründet werden; der Anteil des „ausscheidenden" Gesellschafters wiederum bleibt der Gesellschaft erhalten. Das Recht, in dem sich die Gesamtberechtigung des einzelnen Gesellschafters allein verkörpert, ist also die Mitgliedschaft, d. i. die Zugehörigkeit

---

dass gerade „die Besonderheiten derjenigen Rechtsgemeinschaft, die wir Gesamthand nennen", das „Wesen der Gesamtberechtigung" bestimmen. (Vgl. jetzt aber auch Binder, Das Problem der jur. Pers. S. 80, 81, 82 und ferner a. a. O. S. 11, 12, dagegen Sohm im Arch. Bürg. Recht Bd. 28 S. 184 ff.) M. E. kann gerade die Begriffsbestimmung Binders vom subjektiven Recht zur Lösung der in Rede stehenden Streitfrage in dem hier vertretenen Sinne herangezogen werden: „Das Recht des Teilhabers einer communis incidens , führt Binder in seinem Problem S. 79 zutreffend aus, „ist nicht gemeinschaftlich, sondern geteilt, und gemeinschaftlich ist nur das Rechtsobjekt infolge der an ihm den Teilhabern zustehenden Rechte. Jeder Teilhaber habe eine von der des anderen unabhängige Willensmacht, die er ganz nach Belieben ausüben könne, und die sich mit der entsprechenden Willensmacht des andern in keiner Beziehung zu einer Einheit verbinde." — Das Gegenteil ist bei der Gesamthand zu erkennen. Hier bildet das z. B. den Gesellschaftern am Gesellschaftsvermögen zustehende Recht die den Gesellschaftern über die Gesellschaftsgegenstände gemeinschaftlich zustehende Willensmacht. Der Anteil des einzelnen Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen besteht aber hier nicht in einer selbständigen Willensmacht des Gesellschafters, sondern er ist lediglich das ihm kraft des unter den Gesellschaftern bestehenden Rechtsverhältnisses zustehende Mass der Beteiligung bei der Rechtsausübung des subjektiven Rechts der Gesellschaft, ohne eigenen vermögensrechtlichen Charakter und unverfügbar.

zur Gesellschaft. Ohne sie ist der Anteil des Gesamthänders am Gesamtgut nicht denkbar, und wo der Gesamtberechtigte, wie der Miterbe, über seinen Anteil verfügen kann (§ 2033 BGB.), verfügt er über die „Mitgliedschaft."[1]) Beide Begriffe stimmen überein. Aber die Mitgliedschaft ist, wie sich schon aus ihrer Entstehung ergibt, kein „dingliches" Recht, sondern ein „personenrechtliches Verhältnis".[2]) Deshalb kann auch der Anteil des Gesellschafters an den einzelnen Gegenständen nicht ein Bruchteil im Sinne des BGB. sein; er ist vielmehr ein Recht aus der Mitgliedschaft, ein „Mitgliedsrecht". Bei Einbringung eines gemeinschaftlichen Gegenstandes in die Gesellschaft bleibt der eingebrachte Gegenstand zwar — und darin unterscheidet sich die Gesellschaft von der juristischen Person — „gemeinschaftliches" Vermögen der Gesellschafter (§ 718 BGB.); aber statt des vermögensrechtlich gearteten „Anteils, der sich, wie das gemeinschaftliche Recht einer Bruchteilsgemeinschaft, selbst als Recht an dem Gegenstande"[3]) der Gemeinschaft darstellt, erhält er einen „Anteil personenrechtlicher Natur" zurück. Deshalb ist bei der Einbringung in die Gesellschaft und bei der Umwandlung des Gesellschaftseigentums in gewöhnliches Miteigentum Eigentumsübertragung erforderlich. Dagegen spricht auch nicht die Fassung des § 730 Abs. 2 S. 1 BGB., wonach die Gesellschaft nach ihrer Auflösung nur soweit als fortbestehend gilt, als es der Zweck der Auseinandersetzung erfordert. Der Sinn dieser Vorschrift tritt aus einem Vergleich der §§ 730, 731 BGB. mit §§ 149, 156 HGB. zutage, wonach die Liquidationsgesellschaft soweit als fortbestehend gilt, als sich nicht insbesondere aus dem Liquidationszwecke ein anderes ergibt. Während nach § 149 HGB. das Gesellschaftsvermögen in Geld umzusetzen ist und die Gläubiger damit zu befriedigen sind, ist das Gesellschaftsvermögen der Gesellschafter des BGB. für die gemeinschaftlichen Schulden

---

[1]) Sohm a. a. O. S. 88.
[2]) Sohm a. a. O.
[3]) Sohm a. a. O. S. 73 Anm. 19.

dinglich nicht gebunden. Deshalb können die Gesellschafter des BGB. nach Auflösung der Gesellschaft grundsätzlich Teilung verlangen. Doch „sollen" vorher die gemeinschaftlichen Schulden berichtigt und die Einlagen zurückerstattet werden. Soweit es dieser Zweck der Auseinandersetzung erfordert, gilt die Gesellschaft als fortbestehend, und insoweit ist das Recht auf Teilung mangels „anderer Vereinbarung" ausgeschlossen. Die Gesellschafter des Handelsrechts dagegen können Teilung des Gesellschaftsvermögens nicht verlangen (§§ 155, 158 HGB.); die Liquidation ist hier zur „Abwickelung der gemeinsamen Rechtsbeziehungen der Gesellschafter bestimmt;"[1]) bis dahin gilt die Gesellschaft als fortbestehend, soweit sich nicht, insbesondere aus dem Liquidationszwecke, ein anderes ergibt.

---

[1]) Staub a. a. O. 2 zu § 145 S. 542.

Abschnitt 2.

§ 5.

Aus der Unwirksamkeit der Verfügung des Sejus über die partes des wahren Erben ergeben sich nach römischem Recht Rechtsbeziehungen zwischen E. und F., E. und X., sowie zwischen X. und F.

a) Der römische Jurist erwähnt nur die hereditatis petitio. In Wirklichkeit hatte der Erbe zunächst die Wahl zwischen der hereditatis petitio gegen den Erbschaftsbesitzer und der rei vindicatio (pro parte) gegen den Käufer der Nachlassgegenstände. — Die hereditatis petitio richtet sich gegen denjenigen, der als possessor pro herede, wie F., oder pro possessore Nachlassgegenstände besitzt.[1]) Da für die hereditatis petitio das Surrogationsprinzip gilt, so gehört auch der Kaufpreis für eine vom Erbschaftsbesitzer veräusserte Nachlasssache[2]) zum Nachlass, l. 22, D. 5, 3. — Die Haftung richtet sich nach dem S. C. Juventianum. Der gutgläubige Erbschaftsbesitzer haftet nur auf die Bereicherung zur Zeit der Verurteilung.[3]) Von dem unredlichen Besitzer kann der Erbe regelmässig nach seiner Wahl den Wert der Sache oder den erlösten Kaufpreis fordern.[4]) Aus dieser Haftung des Erbschafts-

---

[1]) Gegensatz: titulo singulari, vgl. Dernburg, Pand. III, 2, 172. S. 341.

[2]) pecunia hereditaria.

[3]) Vgl. hierzu Beyer a. a. O. S. 13, 14 und Dernburg, Pand. III § 172 S. 342 A. 29, aber auch Anm. 30.

[4]) So Beyer, S. 27—32. Vgl. auch l. 40, D. 5, 3 über die Haftung des unredlichen Besitzers im allgemeinen.

besitzers erklärt es sich, wenn Pomponius in 1, 62 cit. sagt: ex parte, quam hereditatis petitione „forte“ a Seio consecuturus sis . . .

b) Will der Erbe gegen Sejus nicht vorgehen, weil dieser etwa vermögenslos ist, so scheint der rei vindicatio (pro parte) gegen den Käufer seiner partes nichts entgegenzustehen, da er Eigentümer derselben geblieben ist. — Die rei vindicatio war jedoch grundsätzlich nur gegen den bösgläubigen Erbschaftsbesitzer oder dann zulässig, wenn der Erbschaftsbesitzer dem Käufer wegen des Rechtsmangels nicht haftete oder die Bereicherung des gutgläubigen Erbschaftsbesitzers zur Deckung der Gewährleistungsansprüche des Käufers ausreichte.[1])

c) Soweit hiernach die rei vindicatio gegen den Käufer zugelassen und die Haftung für Eviktion nicht ausgeschlossen war, hatte der Erbschaftsbesitzer dem Käufer im Falle der Entwehrung das Interesse zu ersetzen, l. 8, D. 21, 2.

§ 6.

Wesentlich anders gestaltet sich die Rechtslage nach dem BGB. Bei Beurteilung derselben hat man davon auszugehen, dass sich die Verfügung von seiten des B. und F. als eine Verfügung Nichtberechtigter darstellt, deren Rechtsfolgen verschieden sind, je nachdem die Verfügung dem Berechtigten gegenüber wirksam ist oder nicht. Deshalb ist hier zunächst die Wirksamkeit der Veräusserung, und zwar der einer beweglichen Sache zu erörtern.

a) Durch die Veräusserung einer beweglichen Sache wird der gutgläubige Erwerber in Gemässheit der § 932 ff.

---

[1]) Andernfalls stand der rei vindicatio vor der gegen den Erbschaftsbesitzer durchgeführten hereditatis petitio die exceptio quod praejudicium hereditati non fiat, nach derselben die exceptio doli entgegen. Diese Vorschriften sollten den gutgläubigen Erbschaftsbesitzer, der dem Erben nur mit der Bereicherung haftete, gegen die Haftung aus der actio empti schützen. Vgl. v. Vangerow, Pand. II § 508 S. 351 und Beyer a. a. O. S. 17 A. 2.

BGB. auch dann Eigentümer, wenn die Sache nicht dem Veräusserer gehört.[1]) Gleichwohl hat X. das Eigentum an der Sache nicht erworben. Denn der Erwerb des Eigentums auf Grund des § 932 BGB. tritt nicht ein, wenn die veräusserte Sache dem Eigentümer abhanden gekommen ist, § 935 BGB. Dieser Fall liegt hier vor. — Eine (bewegliche) Sache ist mit Planck[2]) als abhanden gekommen anzusehen, wenn der unmittelbare Besitzer „ohne seinen Willen" den Besitz verloren hat.[3]) Unmittelbare gemeinschaftliche Besitzer der veräusserten Sache waren im gegebenen Falle die Gesellschafter A. und B. Mit dem Tode des A. ging dessen Mitbesitz an der Sache ohne besondere Besitzergreifung auf seinen wirklichen Erben E. über, § 857 BGB.[4]) Der Erbe ist unmittelbarer Rechtsnachfolger des Erblassers in dessen Besitz und nimmt rechtlich dieselbe Besitzstellung ein, wie sie der Erblasser bei seinem Tode innegehabt hat. Der Erbe E. war demnach mit dem Erbfall Mitbesitzer der veräusserten Sache geworden. Dieser Mitbesitz aber ist ihm ohne seinen Willen dadurch entzogen worden, dass sich der vermeintliche Erbe des F. den Nachlass des A. aneignete. Denn der Besitz, der dem Erben zugeschrieben wird, weil ihn der Erblasser bei seinem Tode innehatte, muss dem Erben als verloren gelten, wenn ihn nach den allgemeinen Regeln über Besitzverlust (§ 856 BGB.) unter denselben Umständen der Erblasser verloren hätte.[5]) Wenn hiernach die fragliche Sache dem „Erben E." abhanden gekommen scheint, so bleibt nunmehr zu prüfen übrig, ob

---

[1]) Anders beim Vorhandensein des bösen Glaubens auf seiten des Käufers X.

[2]) Planck a. a. O. 2 zu § 935 S. 234.

[3]) Dieser Begriff des Abhandenkommens ergibt sich aus § 856; den Gegensatz bildet die (freiwillige) Besitzaufgabe. Inwiefern dabei Willensmängel des den Besitz Aufgebenden, insbesondere dessen Geschäftsunfähigkeit oder andere Mängel, wie Irrtum, von Bedeutung sind, kann hier ausser Betracht bleiben.

[4]) Auch die Unkenntnis des E. von seiner Erbeinsetzung war dem Besitzübergange nicht hinderlich. Vgl. OLG. 4, 289.

[5]) Vgl. hierzu Staudinger, BGB. I, 1, 2 zu § 857 S. 27, 28.

die Sache durch den Besitzverlust des Erben ihrem „Eigentümer" abhanden gekommen ist, insbesondere, ob dem Umstande Bedeutung zukommt, dass der Mitgesellschafter B. die veräusserte Sache, wie wir annehmen wollen, dem X. übergeben hat. — Die Sache gehörte zum Sondervermögen der Gesellschafter und stand in ihrem Gesamteigentum und gemeinschaftlichem Besitz. Soweit B. seinen Mitbesitz an der Sache aufgegeben hat, kann naturgemäss dem E. gegenüber, der seinen Mitbesitz lediglich durch die Besitzergreifung von seiten des F. verloren hat, von einem Abhandenkommen der Sache nicht gesprochen werden. B. war nicht gehindert, seinen Mitbesitz aufzugeben.[1]) Sind die gemeinschaftlichen Besitzer Miteigentümer nach Bruchteilen, so ist die Entscheidung unbedenklich. Der einzelne Miteigentümer übt, wenn er auch die ganze Sache (in solidum) besitzt, doch seinen Besitz nur für seinen Anteil aus.[2]) Verliert daher einer der Miteigentümer — ihren gemeinschaftlichen, unmittelbaren Besitz vorausgesetzt — den Besitz ohne seinen Willen, während der andere Miteigentümer den Besitz freiwillig aufgibt, so kommt „die Sache nur dem ersteren abhanden". Sind die Mitbesitzer, wie B. und E., Gesamteigentümer, so liegen die Voraussetzungen des Abhandenkommens gegenüber der Gesellschaft nur dann nicht vor, wenn alle Gesellschafter den Besitz aufgegeben haben. Denn Eigentümer des Gesellschaftsvermögens sind die Gesellschafter in ihrer rechtlichen Verbundenheit. Die Gesellschaft ist „der" Eigentümer im Sinne des § 935 Abs. 1 BGB. Da mithin der einzelne Gesellschafter die Sache nicht für sich, sondern für die Gesellschaft besitzt, kommt sie der Gesellschaft abhanden, ebenso wie ein Gesamteigentümer eine der Gesellschaft gehörige Sache nicht für seinen Anteil derelinquieren kann, indem er seinen Mitbesitz in der Absicht, auf das Eigentum zu verzichten, aufgibt. Im gegebenen Falle findet mithin § 935 Abs. 1 S. 1 BGB. Anwendung. Der

---

[1]) v. Seeler a. a. O. S. 36.

[2]) Staudinger a. a. O. 3, 1a und b zu § 866 S. 47.

Erwerb des Eigentums von seiten des X. ist trotz seines guten Glaubens nicht eingetreten.[1])

§ 7.

Zu einem teilweise abweichenden Ergebnis gelangt man, wenn der veräusserte Gegenstand ein für A. und B. als Eigentümer unter Hervorhebung ihres Gesellschaftsverhältnisses eingetragenes „Grundstück" war, das von B. und F. an X. aufgelassen und für X. eingetragen ist. Hierbei sind drei Fälle[2]) zu unterscheiden, von denen hier zunächst nur die beiden folgenden erörtert werden sollen:

a) Die Legitimation des B. und F. ist vom Grundbuchamt gemäss § 36 Abs. 1 S. 2 GBO. bei der Auflassung und Eintragung als vorliegend angenommen worden.

b) Vor der Auflassung war an Stelle des A. etwa auf Grund eines öffentlichen Testaments F. im Grundbuche eingetragen worden.[3]) — Die Wirksamkeit der Veräusserung hängt auch hier wieder davon ab, ob der Scheinerbe F. wirksam verfügen konnte. Wenn dem F. ein Erbschein nicht erteilt war — vgl. unten A. 1 —, so kann die Verfügung nur nach den allgemeinen Vorschriften zu Gunsten derjenigen, welche Rechte an Grundstücken von einem Nichtberechtigten erwerben, also gemäss § 892 BGB., wirksam sein. Der Schutz des § 892 wird gewährt 1. bei rechtsgeschäftlichem Erwerb eines Rechts an einem

---

[1]) Diese Folge würde unter Umständen nicht eintreten, wenn dem Scheinerben ein Erbschein erteilt worden wäre, ein Fall, der hier nicht in Frage kommen soll. Vgl. auch Strohal, Erbrecht S. 377.

[2]) Der dritte Fall — Besitz eines Erbscheins auf seiten des F. — soll hier einmal ausser Betracht bleiben.

[3]) Man nehme beispielsweise folgenden Fall an: Der verstorbene Gesellschafter habe zwei Testamente, ein öffentliches und später ein Privattestament errichtet und in diesem E., in jenem F. zum Erben eingesetzt, zur Beseitigung von Zweifeln auch die Erbeinsetzung des F. in dem Privattestamente noch ausdrücklich widerrufen (vgl. aber § 2258 Abs. 1 BGB.). Das Privattestament sei nun erst nach der Eintragung des E. im Grundbuch aufgefunden worden.

Grundstück oder eines Rechts an einem solchen Rechte und 2. bei gutem Glauben des Erwerbers. Soweit diese beiden Voraussetzungen nach der Vorschrift des § 892 vorhanden sein müssen, steht ihrer Anwendung in den Fällen zu a und b, jedenfalls in dem ersteren, nichts entgegen. Zu 1 handelt es sich um eine Eigentumsübertragung gemäss § 873, 925 BGB. Zu 2 ist böser Glaube des Erwerbers nicht anzunehmen, wenn weder ein Widerspruch gegen die Richtigkeit des Grundbuchs eingetragen noch die Unrichtigkeit dem X. bekannt war. Gleichwohl ist die Wirkung des Schutzes, welchen der öffentliche Glaube des Grundbuchs gewährt, in beiden Fällen verschieden.

aa) In dem Falle zu a ist X. als Eigentümer eingetragen worden, ohne dass vorher die Eintragung des F. an Stelle des B. erfolgt ist. Dass F. als Eigentümer des Grundstücks im Grundbuch nicht eingetragen war, hindert an sich die Anwendung des § 892 BGB. nicht. Denn § 892 spricht vom rechtsgeschäftlichen Erwerb schlechthin, es ist also nicht erforderlich, dass der Erwerb unmittelbar von einem „eingetragenen Berechtigten" erfolgt.[1]) Auf der andern Seite aber gilt, abgesehen von §§ 1155, 1192, 1199 BGB., lediglich der Inhalt des Grundbuchs als richtig. Beim Erwerbe des Eigentums von einem nicht eingetragenen Scheinerben „gilt daher als richtig" nur, dass der eingetragene Erblasser Eigentümer des Grundstücks gewesen ist. Dass F. aber wirklich der Erbe des A. ist, geht aus dem Grundbuche nicht hervor. Diese Tatsache ist also nicht Inhalt des Grundbuchs und Gegenstand seines öffentlichen Glaubens.[2]) Ohne Einfluss auf die Wirksamkeit der Veräusserung sind naturgemäss die grundbuchrechtlichen Vorschriften, auf denen die Eintragung des X. beruht. Durch Vorlegung einer in öffentlicher Urkunde enthaltenen Verfügung von Todeswegen und des Protokolls über die Eröffnung der Verfügung kann der Nachweis der Erbfolge

---

[1]) Gierke, Sachenr. S. 455 A. 48. Vgl. § 41 GBO.
[2]) Goldmann-Lilienthal a. a. O. 2, 311 A. 99.

dem Grundbuchamt, aber auch nur ihm gegenüber geführt werden.[1])

bb) In dem Falle zu b ist F. vor der Auflassung an X. an Stelle des A. als Eigentümer eingetragen worden, ohne dass er sich im Besitze eines Erbscheins befand. Der Eigentumsübergang auf E. ist somit Inhalt des Grundbuchs, und dieser muss nach § 892 BGB. zu Gunsten des Erwerbers X. als richtig gelten. Unerheblich erscheint hierbei, ob F. auf Grund eines giltigen oder ungiltigen Testaments als Eigentümer eingetragen worden ist. Der Erwerber hat keineswegs die Pflicht nachzuprüfen, ob die Eintragung zu recht erfolgt ist oder nicht.[2]) Er kann sich schlechthin auf den „Inhalt" des Grundbuchs verlassen, es sei denn, dass ihm die Unrichtigkeit des Buches bekannt oder ein Widerspruch gegen die Richtigkeit eingetragen ist.[3]) Dabei ist aber zu beachten, dass in § 892 nicht wie in § 932 Abs. 2 BGB. die auf grober Fahrlässigkeit beruhende Unkenntnis der Kenntnis gleichsteht.

§ 8.

Ist X. Eigentümer der von B. und F. veräusserten Sache nicht geworden, so können die Gesellschafter von ihm Herausgabe der Sache verlangen. Die Voraussetzungen dieses Anspruchs sind gemäss § 985 BGB. folgende:

1. Zur Klage berechtigt ist derjenige, welcher gegenwärtig Eigentümer der Sache ist, ohne jedoch den unmittelbaren Besitz der Sache zu haben.[4]) – Eigentümer und zwar Gesamteigentümer der Sache sind im vorliegen-

---

[1]) Vgl. aber auch KG. v. 21. IV. 1902 in KGJ. 24 A. 88 ff.

[2]) Ramdohr in Gruchots Beitr. 44, 347.

[3]) Selbst die Kenntnis der Tatsachen, aus denen die Unrichtigkeit des Grundbuches hervorgeht, steht der Kenntnis der Unrichtigkeit nicht gleich. Rechtsirrtum über die Wirksamkeit der Erbeinsetzung würde die Berufung auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs nicht ausschliessen, es sei denn, dass X. selbst Zweifel an der Richtigkeit gehabt hätte. Vgl. Goldmann-Lilienthal a. a. O. 2, 301, A. 49.

[4]) Goldmann-Lilienthal a. a. O. 2, 348.

den Falle die Gesellschafter B. und E. Wie aber diese den Anspruch geltend zu machen haben, ist in der Wissenschaft nicht unbestritten.

a) Zahlreiche Schriftsteller stellen die Forderung zur gesamten Hand der schlichten Mitgläubigerschaft gleich und nehmen deshalb an, dass jeder Gesellschafter auf Leistung an alle zu klagen befugt sei.[1])[2]) — Die schlichte Mitgläubigerschaft entsteht, wenn mehrere eine unteilbare Leistung zu fordern haben. Ausser diesem Falle gemeinschaftlicher Berechtigung, die durch Unteilbarkeit der Leistung begründet wird, kennt das Gesetz nach dieser Lehre andere gemeinsame Berechtigungen „in demselben Sinne", wie z. B. § 2039 BGB. ergebe. Hieraus folgert insbesondere Rehbein den allgemeinen Satz, dass der Begriff der Unteilbarkeit in § 432 BGB. nicht bloss durch die Eigenschaft des Forderungsgegenstandes bestimmt werde. Die Leistung sei auch unteilbar, wenn sie nur gemeinschaftlich an mehrere Personen erfolgen könne. Deshalb sei auch die gesamte Hand ein solcher Fall der Unteilbarkeit, die durch Mehrheit der Subjekte bestimmt werde.[3]) — Die Schlussfolgerung Rehbeins erscheint nicht zwingend. Denn das Vorhandensein mehrerer Schuldner und Gläubiger ist, wie sich aus § 420, vgl. auch §§ 427, 431, 432 BGB., ergibt, nur für den Begriff der „teilbaren" Leistung entscheidend. Jedenfalls aber muss der Begriff der teilbaren und unteilbaren Leistung in den §§ 420 –432 überall der gleiche sein. Wäre es nun richtig, dass der Gegenstand der Gesamthandforderung stets eine unteilbare Leistung darstelle, so würde man, wie Lux zutreffend ausführt,[4]) eine „unteilbare" Leistung auch überall da an-

[1]) Der Anspruch auf Herausgabe unterliegt nicht etwa besonderen Grundsätzen, weil er aus einem dinglichen Recht entspringt. Auf solche Ansprüche finden, wenn sie entstanden sind, die allgemeinen Regeln des Rechts der Schuldverhältnisse Anwendung, so m. R. Hellwig a. a. O. S. 30.

[2]) Vgl. Scherer, Gesetzgeb. 4a vor § 705 S. 997. Landsberg, Lehrb. S. 477, insbes. Rehbein a. a. O. II, 4 zu § 420—32 S. 444.

[3]) Rehbein a. a. O., vgl. auch S. 470—71. Ferner Lux, Die Streitgen. S. 39—40.

[4]) Lux a. a. O.

nehmen müssen, wo mehrere eine Leistung zur gesamten Hand, d. h. so schulden, dass sie nur zusammen leisten können. Mithin würden sie nach § 431 BGB. als Gesamtschuldner, jeder aufs Ganze, haften. Dieses Ergebnis ist aber ohne Zweifel unrichtig. Die Vorschrift des § 2039 BGB., auf die sich Rehbein beruft, muss als Ausnahmevorschrift angesehen werden.[1]) — Aus §§ 718, 719, 709 BGB. folgt, dass die Gesellschafter in Aktivprozessen, die sich auf das Gesellschaftsvermögen beziehen, notwendige Streitgenossen sind. Denn da sie am Gesellschaftsvermögen nicht selbständig, sondern nur in ihrer rechtlichen Verbundenheit berechtigt sind, so können sie mangels abweichender Vorschriften (wie § 2039 BGB.) ein zum Gesellschaftsvermögen gehörendes Recht auch nur gemeinschaftlich geltend machen. Will B. der Erhebung der Klage gegen X. nicht zustimmen, so muss E. gegen B. auf Zustimmung hierzu klagen.

b) Können B. und E. die Herausgabe der Sache nur gemeinschaftlich verlangen, so wird nunmehr zu prüfen sein, ob sie als „Gesellschaft" klagen müssen oder können. Diese Frage wird besonders von Bedeutung, wenn das gegen die Gesellschafter als solche lautende Urteil in das Privatvermögen der einzelnen Gesellschafter vollstreckt werden soll. Ebenso fragt es sich auch hier, ob im Falle der Abweisung der Klage des B. und E. das Urteil wegen der Prozesskosten nur in das Gesellschaftsvermögen vollstreckt werden kann, wenn die Gesellschafter als solche geklagt haben. Dies bejaht insbesondere Seuffert.[2]) Er führt aus, dass das Gesellschaftsvermögen für die Zwecke der Gesellschaft dinglich gebunden sei. Der Anteil eines Gesellschafters an den einzelnen Gegenständen des Gesellschaftsvermögens könne überhaupt nicht gepfändet werden. Die Pfändung des

---

[1]) Planck a. a. O. 1 zu § 709 S. 740.

[2]) Vgl. Seuffert, Komm. z. ZPO. 2d zu § 50 S. 70. Derselbe in Z. f. Zivilpr. 22, 327, 326. Dagegen Gaupp-Stein, ZPO. III zu § 50 A. 21. Vgl. auch Meurer, Jur. P. S. 187. Staub a. a. O. 9 zu § 105 S. 412.

Anteils am Gesellschaftsvermögen laufe auf eine Pfändung des sich bei der Auseinandersetzung ergebenden Guthabens des Gesellschafters hinaus, § 859 ZPO. Das Gesellschaftsvermögen sei also wegen der Privatschulden des einzelnen Gesellschafters dem Zugriffe der Gläubiger entzogen. Dies müsse auch gelten, wenn der Gläubiger wegen einer Forderung, die mit dem Gesellschaftszwecke nichts zu tun habe, ein gegen alle Gesellschafter lautendes Urteil erwirkt habe. — Die 2. Kommission hat bei der Beratung des § 645a einen Antrag, die Zwangsvollstreckung der Privatgläubiger eines Gesellschafters in das Gesellschaftsvermögen zuzulassen, abgelehnt, weil das Gesellschaftsvermögen als selbständiges Zweckvermögen nicht anzusprechen sei.[1]) Diese Meinung wird man auch nach dem BGB. für richtig erachten müssen.[2]) Denn einmal ist das Gesellschaftsvermögen für die (Privat-) Schulden der Gesellschafter dinglich nicht gebunden; nach der Auflösung der Gesellschaft „sollen" zwar zunächst die Gesellschaftsschulden berichtigt werden, die Gläubiger haben aber kein Recht auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Gesellschaftsvermögen; die Vorschrift des § 733 BGB. ist nur eine Dispositivnorm. Ausserdem aber hätten es die Gesellschafter bei Aktivprozessen in der Hand, als Gesellschaft zu klagen oder nicht und, obwohl sie an sich unbeschränkt haften, ihre Haftung wegen der Prozesskosten auf das Gesellschaftsvermögen zu beschränken, da der Beklagte sie nicht hindern kann, „als Gesellschaft" zu klagen. — Hiernach ist die Voraussetzung zu 1 erfüllt, wenn nur B. und E. gemeinschaftlich, gleichviel, ob als Gesellschafter oder nicht, die Herausgabe verlangen.

2. Die Klage aus § 985 BGB. richtet sich schlechthin gegen den jeweiligen Besitzer, d. h. gegen denjenigen, welcher im Zeitpunkte der Klagezustellung die Sache in

---

[1]) Planck a. a. O. 4 zu § 719 S. 754.
[2]) Vgl. auch Binder a. a. O. III S. 288 A. 42.

seinem Besitz hat.[1]) Der Besitz des Beklagten rechtfertigt den Herausgabeanspruch.[2])

3. Der Herausgabeanspruch des § 985 BGB. stützt sich auf das Eigentum. Gegebenenfalls haben daher die Kläger diejenigen Tatsachen[3]) darzutun, welche den Erwerb ihres Eigentums begründen. Ist eine bewegliche Sache Gegenstand der Klage, so haben sie darzutun, dass ihnen die Sache abhanden gekommen ist, § 1006 Abs. 1 S. 2 BGB. Denn zunächst besteht zu Gunsten des beklagten Besitzers der Sache, des X, die Vermutung, dass dieser der Eigentümer der Sache sei; die Vermutung des § 1006 Abs. 1 S. 1 BGB. greift jedoch nicht Platz, wenn die Sache dem früheren Besitzer abhanden gekommen ist; vielmehr wird, von einer hier nicht zutreffenden Ausnahme abgesehen, zu Gunsten des früheren Besitzers vermutet, dass er während der Dauer seines Besitzes Eigentümer der Sache gewesen sei, § 1006 Abs. 2. — Sind, wie hier, die früheren Besitzer der Sache Gesellschafter gewesen, so genügt der Nachweis, dass die Sache einem der Mitbesitzer abhanden gekommen ist; denn in diesem Falle kann, wie oben ausgeführt, der Beklagte nicht Eigentümer der Sache oder eines Anteils geworden sein; er konnte das Eigentum nur an der ganzen Sache und nur von den Gesellschaftern gemeinschaftlich erwerben (§§ 719, 709 BGB.), es sei denn, dass B. etwa bevollmächtigter Vertreter des E. gewesen wäre. (§ 715 BGB). Ist ein Grundstück Gegenstand der Klage und X. als Eigentümer im Grundbuche eingetragen worden, so besteht gemäss § 891 Abs. 1 BGB. zu Gunsten

---

[1]) So Goldmann-Lilienthal a. a. O. S. 354.

[2]) Zur Begründung des Herausgabeanspruchs gehört nicht die Behauptung der Vorenthaltung des Besitzes, wie man aus § 1004 schliessen könnte. Durch die Fassung des § 1004 sollte nur zum Ausdruck gebracht werden, dass sie actio negatoria überall da Anwendung findet, wo eine Verletzung des Eigentums zur Vindikation nicht genüge, Mugdan a. a. O. 3, 236.

[3]) Ueber den Gegensatz von Individualierungs- und Substanzierungstheorie, vgl. Seuffert a. a. O. IV zu § 253 S. 347.

des Beklagten die Vermutung, dass ihm das Eigentum zustehe.

4. Die Klage geht auf Herausgabe der Sache (Inhalt des Herausgabeanspruchs). Da der Beklagte unmittelbarer Besitzer ist, hat er den Klägern die tatsächliche Gewalt über die Sache zu verschaffen. Hierbei kann zweifelhaft sein, wo die Herausgabe zu erfolgen, und wer die Kosten derselben zu tragen hat. Die Entscheidung dieser Fragen ergibt sich aus der Natur des Herausgabeanspruchs. Zwischen dem Eigentümer und dem Besitzer besteht, wie oben ausgeführt, ein Schuldverhältnis, auf das, soweit nicht besondere Bestimmungen entgegenstehen, die allgemeinen Vorschriften des Rechts der Schuldverhältnisse Anwendung finden.[1]) Der Ort der Herausgabe bestimmt sich daher nach § 269 BGB. Die Kosten der Herausgabe hat, soweit sie zur Erfüllung der „dem Besitzer obliegenden Leistung" erforderlich sind, also die Kosten der Räumung des Grundstücks, der Beklagte, alle übrigen Kosten, wie z. B. die der Wiederabholung gemäss § 242 BGB., die Gesellschaft zu tragen.[2])

5. Der Besitzer kann gemäss § 986 BGB. die Herausgabe der Sache verweigern, wenn er dem „Eigentümer" gegenüber zum Besitze berechtigt ist. Im gegebenen Falle kann die exceptio rei venditae et traditae in Frage kommen. Diese Einrede, die begründet ist, wenn der Verkäufer die Sache, die er mit der rei vindicatio herausverlangt, dem Beklagten verkauft und übergeben, ihm aber das Eigentum noch nicht verschafft hat, greift an sich gegenüber dem „B." durch: Der Beklagte X. hat die Sache von B. und F. gekauft. Da eine Gesellschaft aber kein selbständiges Rechtssubjekt ist, ihre Geschäfte vielmehr im Namen der einzelnen Gesellschafter abgeschlossen werden, werden diese aus den von ihnen gemeinschaftlich abgeschlossenen Verträgen selbst ver-

---

[1]) So Goldmann-Lilienthal a. a. O. S. 356.

[2]) Vgl. Staudinger a. a. O. 5 zu § 985 S. 393 gegen Biermann, Sachenr. 5 zu § 985 S. 191.

[3]) Knoke, Ges. R. S. 79.

pflichtet. Daher sind B. und F. gemäss § 427 BGB. als Gesamtschuldner verpflichtet, dem X. das Eigentum an der streitigen Sache zu verschaffen. Anderseits ist X. dem B. gegenüber auf Grund des an sich wirksamen Kaufvertrages auch zum Besitze der — wenngleich dem B. nicht gehörigen — Sache berechtigt. — Gleichwohl kann X. die ihm gegen den einzelnen Gesellschafter zustehende Einrede nicht der Gesellschaft gegenüber geltend machen. Denn die Gesellschafter sind Gesamteigentümer und können die Gesellschaft nur „gemeinschaftlich" verpflichten; der einzelne Gesellschafter steht ihr wie ein Dritter gegenüber. Die von ihm über Gesellschaftsgegenstände getroffene Verfügung bedeutet Verfügung von seiten eines Nichtberechtigten.

Der Besitzer kann die Herausgabe der Sache auch dann verweigern, wenn der mittelbare Besitzer, von dem er sein Recht zum Besitze ableitet, dem Eigentümer gegenüber zum Besitze berechtigt ist. Diese Einrede bedarf hier keiner Erörterung, da X. nicht Besitzmittler des B. oder F. ist.

§ 9.

Ist eine bewegliche Sache Gegenstand des Herausgabeanspruchs, so kann dieser unter Umständen auch auf § 1007 BGB. gestützt werden. Danach kann der frühere Besitzer ohne Rücksicht auf die Natur seines Rechts zum Besitze von dem gutgläubigen Besitzer — dieser Fall kommt hier allein in Betracht — die Herausgabe der Sache verlangen, wenn letztere dem früheren Besitzer abhanden gekommen ist, es sei denn, dass dieser Eigentümer der Sache ist oder ihm die Sache vor der Besitzzeit des früheren Besitzers abhanden gekommen war, § 1007 Abs. 2 BGB. Da X. gutgläubiger Besitzer ist, können die Gesellschafter den Anspruch aus § 1007 nur auf unfreiwilligen Verlust des früheren Besitzes stützen.[1]) — Die

[1]) Wenn die Gesellschafter den Besitzverlust beweisen, so greift, wie oben ausgeführt, auch der Anspruch aus § 985 BGB. durch. Die Gesellschafter sind also der Klage aus § 1007 gegenüber keinesfalls besser gestellt.

Voraussetzungen der Anwendung des § 1007 Abs. 2 sind: 1. früherer Besitz der Sache und unfreiwilliger Besitzverlust auf seiten des Klägers und 2. gegenwärtiger Besitz derselben Sache und guter Glaube auf seiten des Beklagten. Im vorliegenden Falle kann die Klage nur auf den früheren Mitbesitz der beiden Gesellschafter gestützt werden. Ob der frühere Mitbesitz dem einzelnen Gesellschafter das Recht selbständig zu klagen gibt, oder ob die Gesellschafter den Herausgabeanspruch aus § 1007 nur gemeinschaftlich geltend machen können, wird auch hier wieder zweifelhaft sein. Allerdings geniesst der einzelne Mitbesitzer Dritten gegenüber denselben Besitzschutz, wie ein Alleinbesitzer. Aber die Klage aus § 1007 ist petitorischer Art, keine Besitzklage, sie stützt sich auf das „bessere Recht zum Besitze", und die durch sie herbeigeführte Entscheidung ist endgiltig.[1]) Demnach besteht ein Unterschied zwischen dem Anspruch aus § 1007 und anderen petitorischen Ansprüchen. Denn der erstere ist durch die „Tatsache" des früheren Besitzes, die letzteren sind in dem Recht an der Sache begründet. Wenn jener als ein Anspruch aus dem besseren Recht zum Besitze bezeichnet wird, so ist darunter lediglich ein „relativ" besseres Recht zu verstehen. Der Beklagte muss dem Kläger in dem Besitz weichen, weil das fehlerhafte Recht des Beklagten weniger schutzwürdig erscheint als der frühere „Besitz" des Klägers. In dem Nichtrecht des Beklagten spiegelt sich der Besitz des Klägers als ein „besseres Recht" wieder, vgl. aber Abs. 3 des § 1007.[2])

Daraus ergibt sich, dass der Anspruch des einzelnen Mitbesitzers unabhängig ist von der „Rechtsgemeinschaft", die unter den Mitbesitzern besteht. Daher muss jeder einzelne Mitbesitzer, auch der Gesellschafter, den Anspruch aus § 1007 insoweit geltend machen können, als

[1]) Staudinger a. a. O. 1, 1b zu § 1007 S. 426.

[2]) Der Besitz der Gesellschafter ist keineswegs Gesamthandbesitz; Gesamthandbesitz ist ein besonderes tatsächliches Verhältnis, vgl. § 1206 BGB. und Wolff in Iherings JB. 44, 154, dagegen Gierke, Sachenr. S. 222 Anm. 54.

sein Mitbesitz in Frage kommt. Anderseits besteht aber unter den Mitbesitzern eine gewisse Rechtsgemeinschaft, die durch den gemeinschaftlichen „Besitz" begründet ist. Wird nun der gemeinschaftliche Besitz als „solcher" von einem Dritten verletzt, so können, von dem possessorischen Rechtsmittel abgesehen, gemeinschaftliche Ansprüche entstehen, so der Anspruch aus § 1007 BGB. Da aber die Herausgabe der Sache eine unteilbare Leistung ist, so muss hier die Vorschrift des § 432 BGB. entsprechende Anwendung finden.[1]) Man wird deshalb Gierke zustimmen müssen, dass „jeder" Mitbesitzer ohne Rücksicht auf die etwa bestehende Rechtsgemeinschaft und vor allem ohne Mitwirkung der anderen Mitbesitzer Dritten gegenüber gemäss § 432 BGB. den Anspruch aus § 1007 in Ansehung der „ganzen" Sache geltend machen kann.[2]) Wenn sich aber der Anspruch aus § 1007 lediglich auf den früheren (Mit-)Besitz gründet, so muss im vorliegenden Falle die Klage gegen X. auf Herausgabe der (ganzen) Sache insoweit der Abweisung unterliegen, als der Mitbesitz des B. in Frage kommt. Denn der Anspruch aus § 1007 Abs. 2 ist ausgeschlossen, wenn der frühere Besitzer den Besitz aufgegeben hat. B. aber hat die Sache selbst dem X. übergeben. Dass er an der Uebertragung des Besitzes rechtlich nicht gehindert war, ist bereits ausgeführt (Wolff a. a. O. S. 154). Demnach würde im gegebenen Falle zwar E. selbständig klagen, die Herausgabe aber nur insoweit verlangen können, als er selbst früher Mitbesitzer gewesen ist.

§ 10.

Die Veräusserung des Grundstücks ist, wie oben ausgeführt, unwirksam, wenn die Legitimation des B.

---

[1]) Daneben wird zwar in der Regel auch ein gemeinsames Recht an dieser Sache verletzt werden, und dieses wird möglicher Weise nach besonderen Grundsätzen geltend gemacht werden müssen; gleichwohl wird man den Anspruch aus dem Recht an der Sache und das sog. Recht zum Besitz wohl unterscheiden müssen.

[2]) Gierke, Fahrnisbesitz S. 50, 51.

und F. gemäss § 36 Abs. 1 Satz 2 GBO. bei der Auflassung und Eintragung als vorliegend angenommen worden ist. B. und E. können deshalb die Herausgabe des Grundstücks fordern. Neben der rei vindicatio steht ihnen als den nichteingetragenen, aber wirklich Berechtigten ein Anspruch „auf Grundbuchberichtigung" zu,[1]) durch die ein bestehender Zwiespalt zwischen der buchmässigen und der wirklichen Rechtslage beseitigt werden soll. Der Anspruch ist im vorliegenden Falle gegeben, weil 1. der Inhalt des Grundbuchs in Ansehung des Eigentumsrechts an dem Grundstück an einer Unrichtigkeit leidet, und 2. eine Rechtsänderung beurkundet ist. Mithin fehlt der Einklang des Grundbuchs mit der wirklichen Rechtslage, § 894 BGB.

1. Das Verfahren für die Durchführung des Berichtigungsanspruchs ist in den §§ 13, 19, 29, 40 GBO. bestimmt. Die Berichtigung erfolgt regelmässig auf Antrag, und nur wenn der Passivbeteiligte als Berechtigter eingetragen ist. Eine Anwendung des § 54 GBO., der unter Umständen Berichtigung oder Eintragung eines Widerspruchs von Amtswegen vorschreibt, kommt im vorliegenden Falle nicht in Frage. Während es im Uebrigen, von Ausnahmen abgesehen, zur Grundbuchberichtigung durch Eintragung des wirklich Berechtigten nur „der Bewilligung des Betroffenen" oder „des Nachweises der Unrichtigkeit des Grundbuchs" bedarf, wird zur Grundbuchberichtigung durch Eintragung des Eigentümers gemäss § 22 Abs. 2 GBO., sofern nicht der Fall des § 14 vorliegt, auch die Zustimmung des „Eigentümers" erfordert. Da die Zustimmung (Bewilligung) schon nach Abs. 1 des § 22 notwendig ist, kann nach Abs. 2 nur die Zustimmung des nichteingetragenen Berechtigten — also der beiden Gesellschafter (KG. v. 29. IX. 1902 in KGJ. 25 A. 114 ff.) — in Frage kommen.[2]) Diese Zustimmung unterliegt, als eine zu der Eintragung „erforderliche" Erklärung, der Form des § 29 GBO. und wird ersetzt durch einen in

---

[1]) Staudinger a. a. O. 1, 2 § 894 S. 172.
[2]) Oberneck, GBO. S. 325, 326.

dieser Form gestellten Eintragungsantrag, § 30 GBO. Dagegen brauchen die Bewilligung des eingetragenen Nichtberechtigten und die Zustimmung des nicht eingetragenen Berechtigten nicht etwa in der Form der Auflassung abgegeben zu werden; denn es handelt sich um einseitige, wenn auch um Erklärungen beider beteiligter Parteien.[1]) Eine weitere Besonderheit zeigt die Grundbuchberichtigung durch Eintragung des wahren Eigentümers insofern, als trotz Bewilligung des Betroffenen stets „der Nachweis der Buchunrichtigkeit" erbracht werden muss (sog. konjunktives Verhältnis der Bewilligung und des Nachweises der Unrichtigkeit);[2]) andernfalls wäre, wie Güthe zutreffend bemerkt, der Umgehung des § 20 GBO. Tür und Tor geöffnet. Denn die Auflassung sei eine zweiseitige, unter gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile vor dem Grundbuchamte abzugebende Erklärung, die Berichtigungsbewilligung und die Zustimmung des Eigentümers nach §§ 19, 22 GBO. aber seien zwei getrennte einseitige Erklärungen. Der Grundbuchrichter hat daher in dem in Rede stehenden Falle stets den Unrichtigkeitsnachweis zu fordern. — Sobald dieser notwendig ist, erübrigt sich regelmässig die Eintragungsbewilligung des Bucheigentümers;[3]) allein sie wird wieder dann unentbehrlich, wenn, wie hier, die Unrichtigkeit der Eintragung durch Urkunden „schlüssig" nicht nachgewiesen werden kann (KG. vom 26. X. 03 in KGJ. 26, 247).[4]) Der Unrichtigkeitsnachweis, den die Gesellschafter E. und B. zu erbringen haben, wird von ihrer Zustimmungserklärung abgesehen, lediglich durch Ueberreichung eines dem E. erteilten Erbscheins (§ 36 Abs. 1 S. 2) und Bezugnahme auf das Auflassungsprotokoll geführt werden können. Aus diesen Urkunden geht aber allenfalls hervor, dass X. durch die Auflassung und Eintragung Eigentümer des Grundstücks „wahrscheinlich"

---

[1]) Turnau-Foerster, Lieg.-R. II, 1 zu § 22, S. 154.

[2]) Gegensatz: Alternatives Verhältnis, vgl. Güthe, GBO. 27 zu § 22 S. 479 und R. J. A. 2, 48.

[3]) Predari, GBO. 1 zu § 22 S. 409.

[4]) Predari a. a. O. 12 zu § 22 S. 437.

nicht geworden ist. Der Erbschein des E. ergibt, dass nicht F., sondern E. der wahre Erbe des A. ist. Die Wirksamkeit der von F. in Gemeinschaft mit B. vorgenommenen Verfügungen kann demnach nur auf den Vorschriften zu Gunsten gutgläubiger Erwerber, im gegebenen Falle auf §§ 892, 2366 BGB. beruhen. Doch war einerseits F. an Stelle des A. als Eigentümer im Grundbuch nicht eingetragen, anderseits hatte er seine Legitimation nicht durch einen Erbschein, sondern gemäss § 36 GBO. geführt. Gleichwohl kann die Eigentumsübertragung unter Umständen von vornherein wirksam gewesen sein. Befand sich nämlich F. im Besitze eines Erbscheins, der nicht für kraftlos erklärt war, — wenn F. ihn auch nicht vorgelegt hat —, so ist X. durch die Auflassung und Eintragung Eigentümer des Grundstücks geworden, vgl. § 2366 BGB. Von der Vorlegung des Erbscheins ist seine Wirksamkeit nicht abhängig. Ausserdem kann die Veräusserung des Grundstücks später von B. und E. — man wird die Genehmigung beider Gesellschafter für erforderlich erachten müssen, da die Verfügung über das Grundstück auch dem B. gegenüber unwirksam ist — genehmigt und dadurch wirksam geworden sein, § 185 Abs. 2 BGB. Dass die Veräusserung nicht aus einem dieser Gründe wirksam gewesen oder geworden ist, wird ausreichend bewiesen durch die Eintragungsbewilligung des Betroffenen (arg. § 894 BGB.). Freilich schliesst der durch die Urkunden geführte Nachweis nicht die Möglichkeit aus, dass F. bei der Veräusserung gleichwohl einen Erbschein besessen hat[1]) oder die Verfügung durch Genehmigung wirksam geworden ist. Wenn unter einer dieser Voraussetzungen eine Eintragung im Grundbuch erfolgte, so würde allerdings nicht eine Berichtigung, sondern eine Rechtsänderung beurkundet und der Unrichtigkeitsnachweis unter Umständen gewiss zur Umgehung der §§ 925 BGB., 20 GBO. gemissbraucht werden können; allein diese Möglichkeit besteht auch, wenn die Eintragungsbewilligung durch ein rechts-

[1]) Ein Negativzeugnis des Nachlassgerichts kennt das RFG. nicht.

kräftiges (vielleicht ein Versäumnis-) Urteil ersetzt wird. Soll nicht die Berichtigung überhaupt unmöglich sein, so muss die Eintragungsbewilligung als Ersatz eines schlüssig fast nie zu erbringenden, negativen Beweises gelten.

2. Verweigert X. die Zustimmung zur Grundbuchberichtigung in der vorgeschriebenen Form, so kann sie mit der Klage aus § 894 BGB. gefordert werden.[1]) Dass die „objektiven" Voraussetzungen dieses Anspruchs (Widerspruch der wirklichen und buchmässigen Rechtslage in Ansehung eines Rechts am Grundstücke) hier vorhanden sind, ist bereits darzutun versucht worden. Auch die Aktivlegitimation der Gesellschafter B. und E. und die Passivlegitimation des X. erscheinen begründet, jene, weil das Eigentumsrecht der „Gesellschafter" an dem Grundstücke nicht eingetragen ist, diese, weil das (Buch-) Recht „des X." infolge der Berichtigung gelöscht, also durch die begehrte Eintragung betroffen wird. Da das Urteil nur die Eintragungsbewilligung des Betroffenen ersetzt, bleibt die Notwendigkeit des Unrichtigkeitsnachweises aus den oben dargelegten Gründen unberührt. Auch das Kammergericht hat in einem entsprechenden Berichtigungsfalle ausser dem rechtskräftigen Urteil noch den Nachweis verlangt, dass die Kläger bereits Eigentümer des Grundstücks seien, und, da sich das Gegenteil ergab, den Antrag auf Berichtigung zurückgewiesen (KG. v. 21. I. Q. I in KGJ. 21 A. 302).[1])[2])[3]) Auf Grund einer einstweiligen

---

[1]) Güthe a. a. O. 28 zu § 22 S. 479.

[2]) Wegen der Kosten des Verfahrens und der Verjährung des Anspruchs vgl. §§ 897, 898 BGB.

[3]) Zuständig für die Klage, durch welche das Eigentum an einem Grundstücke geltend gemacht wird (actio negatoria), ist ausschliesslich das Gericht, in dessen Bezirke das Grundstück gelegen ist. Da auch die Berichtigungsklage eine actio negatoria darstellt, ist ihre Verbindung mit der rei vendicatio zulässig (Staudinger a. a. O. I, 2 zu § 894 S. 174). An der dinglichen Natur des Berichtigungsanspruches, der zum Schutze dinglicher Rechte bestimmt ist, kann ein Zweifel nicht bestehen, wegen der abweichenden Ansichten von Schilde, Randohr, Goldmann vgl. Herfurth, Nat. des Ber. S. 10 f., S. 16 f., S. 18 f.

Verfügung (vgl. § 899 Abs. 2 S. 2 BGB.), einer Bewilligung des Betroffenen oder eines vorläufig vollstreckbaren Urteils kann endlich ein Widerspruch gegen die Richtigkeit des Grundbuchs eingetragen werden.

§ 11.

Stellt sich die Veräusserung des Grundstücks oder der beweglichen Sache als unwirksam heraus, so ergeben sich verschiedene Rechtsbeziehungen zwischen dem Erwerber X. einerseits und den Veräusserern B. und F. anderseits. Dass der Kaufvertrag zwischen X. und B. und F. der Wirksamkeit nicht deshalb entbehrt, weil die Verkäufer zur Leistung möglicherweise unvermögend sind, wird allgemein anerkannt. Der Verkauf einer fremden Sache ist, wie man auch über die Auslegung des § 306 BGB. denken mag, wirksam.[1])

1. Nach §§ 433 Abs. 1, 431 BGB.[2]) sind die Verkäufer (als Gesamtschuldner) verpflichtet, dem X. das Eigentum an der streitigen Sache zu verschaffen. Da sie diese Verpflichtungen nicht erfüllt haben, bestimmen sich die Rechte des Käufers grundsätzlich nach den Vorschriften der §§ 320 -327, vgl. § 440 Abs. 1 BGB. War Gegenstand des Kaufes nicht ein Grundstück, sondern eine bewegliche Sache, so kann der Käufer auf Grund dieser Vorschriften zwar nicht Schadenersatz wegen Nichterfüllung, wohl aber alle sich sonst aus ihnen ergebenden Rechte geltend machen, arg. aus § 440 Abs. 2—4.[3]) Im vorliegenden Falle kommen jedoch nach Lage der Sache nicht in Betracht: 1. Die Einrede des nicht erfüllten Vertrages, §§ 320—322, da der Käufer seine Verpflichtungen aus dem Vertrage bereits erfüllt hat, 2. die Ansprüche aus §§ 322, 324 Abs. 1 wegen „nachträglicher" Unmöglichkeit der Leistung, insbesondere nicht § 323 Abs. 3 BGB. Im

---

[1]) Vgl. Dernburg, BR. II, 2 § 169 S. 8 Anm. 3. 4. Oertmann a. a. O. 1b zu § 306 S. 129. Windscheid-Kipp, Pand. 2 § 385 und Kohler i. Arch. bürg. R. 30, 182 ff.

[2]) Vgl. auch § 427 BGB.

[3]) Planck a. a. O. 5c zu § 440 S. 343.

übrigen braucht der Käufer nicht eine Entwehrung der Sache von seiten des Drittberechtigten abzuwarten, um seine Ansprüche aus § 440 BGB. geltend zu machen. Deshalb wird hier vorausgesetzt, dass sich der Käufer zunächst noch im Besitze der Sache befindet. — Da die Verkäufer nach § 432 Abs. 1 BGB. verpflichtet sind, dem Käufer das Eigentum an der verkauften Sache zu übertragen, so wird vor allem der Anspruch auf Erfüllung in Frage kommen. Die herrschende Meinung gewährt dem Kläger auch ein klagbares Recht auf Verschaffung des Eigentums an der Sache. So führt Planck aus: Die Verkäufer genügten ihrer Leistungspflicht nicht durch Vornahme derjenigen Handlungen, die nach den sachenrechtlichen Vorschriften zur Herbeiführung des Rechtserfolges notwendig seien; die Verkäufer hätten vielmehr die Verpflichtung, dem Käufer auch wirklich „das Eigentum oder sich oder dem Käufer die erforderliche Genehmigung der Veräusserung von seiten des Eigentümers der verkauften, fremden Sache zu verschaffen".[1]) Hiernach gestaltet sich freilich auch die Rechtslage sehr einfach. Denn nachdem der Verkäufer rechtskräftig zur Erfüllung verurteilt ist, kann der Käufer dem Verkäufer eine Frist setzen und gemäss §§ 325 Abs. 2, 283, 440 Abs. 2—4 BGB. (vgl. auch § 252 ZPO.) je nach den Umständen Schadensersatz wegen „teilweiser oder vollständiger" Nichterfüllung verlangen.[2]) Die herrschende Meinung hat unzweifelhaft den Wortlaut des § 433 Abs. 1 BGB. für sich. Man kann Oertmann und Siber auch zugeben, dass das Gesetz die von ihm gewiss anerkannte Rechtsverschaffungspflicht von der Gewährleistungspflicht unterscheidet und diese als die „lästigere" ansieht,[3]) (vgl. § 433

[1]) Planck a. a. O. 6 zu § 433 S. 432, vgl. auch Schöller in Gruchots Beitr. 46, 67.

[2]) Oertmann a. a. O. 2c zu § 440 S. 335, 2a zu § 433 S. 323, vgl. weiterhin Kipp a. a. O. 2 § 391 S. 680.

[3]) Oertmann a. a. O. 2c zu § 440 S. 335 und Siber, R. Zwang. S. 164 (für den vorliegenden Fall ist Siber übrigens der hier vertretenen Ansicht).

Abs. 1 und § 440 Abs. 1 BGB., wo auf § 433 verwiesen wird). Planck endlich[1]) sucht den Anspruch auf Rechtsverschaffung „aus der vom Verkäufer durch den Kaufvertrag übernommenen Garantie für seine Leistungsfähigkeit zur Zeit des Vertragsschlusses" zu begründen. — Diese Meinung hält jedoch einer Probe nicht stand. Wie Schlossmann und neuerdings Eccius zutreffend betonen, „genügt der Verkäufer seiner Verbindlichkeit durch den äusseren Hergang der Eigentumsübertragung".[2]) Die Pflicht zur Rechtsverschaffung sei nur als Gewährleistungspflicht gemeint, als Haftung dafür, dass „ein Dritter nicht Rechte an der Sache oder auf sie geltend machen könne".[3]) Dies ergebe sich auch unmittelbar aus den Vorschriften über den Kauf. Das Gesetz spreche davon, dass der Verkäufer für den rechtlichen Bestand der Forderung, für die Zahlungsfähigkeit des debitor cessus „hafte", vgl. §§ 437, 438 BGB.[4]) Eccius weist insbesondere noch darauf hin, dass schon der erste Entwurf die Verschaffungspflicht als Gewährleistung, nicht als Leistungspflicht ausgestaltet, der zweite Entwurf aber daran im wesentlichen nichts geändert habe.[5]) Obwohl Eccius und Schlossmann von derselben Voraussetzung ausgehen, gelangen sie im Grunde aber zu verschiedenen Ergebnissen: Schlossmann a. a. O. sieht allein in dem äusseren Hergang der Eigentumsübertragung die (geschuldete) Leistung; sei diese erfüllt, so hafte der Verkäufer nur noch für den Rechtsmangel. Gemäss § 440 müsste deshalb der Abs. 1 des § 326 BGB. Anwendung finden; doch dem stehe wieder entgegen, dass der Schuldner durch die Uebergabe zu Eigentum oder bei Grundstücken durch Auflassung und Uebergabe bereits „geleistet" habe; der § 326 setze aber voraus, dass die Leistung erst zu bewirken sei. Schlossmann will hier

---

[1]) Planck a. a. O. II zu § 440 S. 341.
[2]) Eccius in Gruchots Beitr. 50, 497.
[3]) Eccius a. a. O. S. 496.
[4]) Schlossmann in Iherings J. 45, 110 ff.
[5]) Eccius a. a. O. S. 496.

durch „entsprechende“ Anwendung des § 326 BGB. helfen. — Davon kann jedoch nach der Vorschrift des § 440 Abs. 1, wonach die §§ 320—327 schlechthin, nicht „entsprechend“ anzuwenden sind, keine Rede sein. Deshalb wird die Richtigkeit seiner Schlussfolgerung durch das Ergebnis, zu dem Schlossmann gelangt, scheinbar in Frage gestellt. In dem „Hergange der Eigentumsübertragung“ wird man indes mit Eccius a. a. O. die (geschuldete) Leistung nur dann sehen können, „wenn auch wirklich — sei es auch nur wegen des guten Glaubens des Erwerbers — Eigentum übertragen wird.“[1]) Wo z. B. eine verkaufte Sache zu Eigentum übertragen werden soll, in Wirklichkeit aber nur ein Pfandrecht bestellt wird, wird man von Erfüllung des Kaufvertrages nicht sprechen können. Erwirbt der Empfänger an der Sache aber überhaupt kein Recht, so kann es sich um eine Erfüllung doch erst recht nicht handeln. — Eccius sucht die herrschende Ansicht durch den Hinweis auf § 887 ZPO. zu widerlegen: Eine Verurteilung des Verkäufers zur Verschaffung des Eigentums, müsste nach Massgabe des § 887 ZPO. vollstreckbar sein. Denn in der Regel werde der wahre Eigentümer gegen eine Geldabfindung die Genehmigung zur Eigentumsübertragung erteilen. Sei aber die Genehmigung durch eine Geldleistung des Schuldners erreichbar, so könne auch ein anderer, der vom Schuldner den erforderlichen Geldbetrag erlange, die Genehmigung erwirken. Also würde § 887 ZPO. durchgreifen, ein Ergebnis, das, wäre es zutreffend, die Unrichtigkeit der herrschenden Lehre ins rechte Licht setzen müsste, denn es würde, wie Eccius ausführt, zu folgender Unstimmigkeit führen: Der Käufer, der in den Besitz der Kaufsache gesetzt sei, würde den Erfüllungszwang zur Herbeiführung der Zustimmung des Eigentümers in Bewegung setzen können, ohne den Besitz aufzugeben. Dagegen würde bei doch nicht erzwungener Zustimmung des Eigentümers die Geltendmachung einer Forderung auf Entschädigung erst zulässig sein, wenn

---

[1]) Eccius a. a. O.

der Besitz der Sache zuvor an den Veräusserer zurückgegeben wäre, wie dies § 440 Abs. 2 BGB. vorschreibe.[1]) — Diese Beweisführung erscheint indes nicht unbedenklich.[2]) Die Handlung, die der Schuldner vorzunehmen hat, besteht allerdings in „Herbeiführung" der Genehmigung. Möglicherweise kann sie durch eine Geldabfindung des wahren Eigentümers erwirkt werden; ob dieser sich durch den Käufer „oder" Verkäufer zur Genehmigung bestimmen lässt, und ob er sie dem einen oder anderen Teile erklärt (§ 182 BGB.), bleibt naturgemäss auch gleichgiltig. Aber der Eigentümer kann vom Schuldner zur Genehmigung doch nur „verpflichtet" werden; die Genehmigung selbst beruht ausschliesslich auf dem Willen des Eigentümers und kann auch nicht erzwungen werden, wenn etwa letzterer die Sache gemäss § 931 BGB. veräussert, ganz abgesehen davon, dass es schon von der freien Entschliessung des Eigentümers abhängt, sich zur Genehmigung zu verpflichten (vgl. Seuffert, Arch. 52 Nr. 129). Jedenfalls ist nur diese „Verpflichtung" des Eigentümers, nicht die Genehmigung selbst, durch eine Geldleistung des Schuldners zu erreichen. Allein die Richtigkeit der hier vertretenen Schlossmann-Eccius'schen Ansicht lässt sich auch ohne die Folgerungen aus der Anwendung des § 887 ZPO. erweisen: Ist nämlich der Verkäufer zur Leistung der Eigentumsverschaffung rechtskräftig verurteilt, so kann der Käufer nach der herrschenden Ansicht gemäss §§ 283, 325 BGB. wegen teilweiser Nichterfüllung Schadenersatz fordern, da „durch die erfolgte Uebergabe oder Auflassung und Uebergabe der Kaufsache nur teilweise erfüllt sei."[3]) Wird nunmehr die dem Verkäufer noch obliegende „Teilleistung" durch Untergang der Sache unmöglich, so müsste der Verkäufer nach § 323 BGB. von seiner Leistungsverpflichtung frei und der Käufer auf seinen Bereicherungsanspruch nach Abs. 3 des § 323 beschränkt sein. Aber das Gesetz gewährt dem

---

[1]) Eccius a. a. O. S. 498 No. 6.
[2]) Schlossmann a. a. O. S. 106.
[3]) Schöller in Gruchots Beitr. 46, 7—9.

Käufer, wie § 440 Abs. 2 BGB. deutlich ergibt, auch bei Untergang der Sache einen Schadenersatzanspruch. Diesen Widerspruch will nun die herrschende Meinung dadurch beseitigen, dass sie — so Oertmann[1]) — unterstellt, das Gesetz habe an einen von einem „Dritten" zu vertretenden Untergang der Sache gedacht, der dem Käufer ohne den Rechtsmangel Ersatzansprüche verschaffe. Nur dann könne § 325, sonst allein § 323 BGB., herangezogen werden." — Demgegenüber erscheint nicht ersichtlich, weshalb der Käufer, der seinem Abkäufer gegen Rückgewähr der Sache wegen des Rechtsmangels hat Schadenersatz leisten müssen, sich an seinen Verkäufer nur halten dürfe, wenn der Untergang der Sache von einem „Dritten" verschuldet ist. Planck will deshalb einen von den allgemeinen Voraussetzungen des § 440 Abs. 1 und des § 325 Abs. 2 oder § 326 BGB unabhängigen Ersatzanspruch gewähren, da eine „Verurteilung des Verkäufers zur Erfüllung" im Falle des Unterganges der Sache nicht in Frage kommen könne.[2]) — Diese Schwierigkeiten müssen der herrschenden Lehre entstehen, weil ja die Leistung — wenigstens teilweise — noch aussteht und deshalb im Falle des Unterganges der Sache die Vorschriften „wegen nachträglicher" Leistungsunmöglichkeit heranzuziehen sind. Nach der hier vertretenen Ansicht aber hat der Verkäufer seiner „Leistungspflicht" „durch den äusseren Hergang der Eigentumsübertragung" genügt, wenn er auch nicht erfüllt, d. i. nicht die „geschuldete" Leistung bewirkt hat (§ 362 BGB.), und der fragliche Ersatzanspruch erscheint begründet, nicht weil der Verkäufer die Unmöglichkeit der ihm noch obliegenden (Teil-) Leistung zu vertreten hat, sondern weil er für den Eintritt des Rechtserfolgs einzustehen hat; der Anspruch war — wenn auch suspensiv bedingt[3]) — doch schon vor dem Untergange der Sache entstanden, und wird durch diese

---

[1]) Oertmann a. a. O. S. 335, 2, ebenso v. Tuhr in Kr. V.-J.-Schr. 43, 584.

[2]) Planck a. a. O. S. 343.

[3]) Vgl. Eccius in Gruchots Beitr. 41, 886 und Schollmeyer, Schuldverh. S. 22 Anm. 3.

nicht berührt, ähnlich wie das — schon vor dem Untergange suspensiv begründete — Rücktrittsrecht in § 350 BGB. nicht durch den zufälligen Untergang der Sache ausgeschlossen wird.

2. Wenn demnach das Gezetz dem Käufer einen besonderen Rechtsverschaffungsanspruch nicht gewährt, so ist auch eine entsprechende Leistungsklage ausgeschlossen; wohl aber können unter Umständen die Voraussetzungen einer Feststellungsklage gegeben sein.[1])

3. Um zu seinem Rechte zu gelangen, wird dem X. nur übrig bleiben, den Verkäufern B. und F. zur Verschaffung des Eigentums eine angemessene Frist mit der Erklärung zu bestimmen, dass er die „Annahme" der Erfüllung nach dem Ablaufe der Frist ablehne, §§ 440 Abs. 1, 326 BGB.[2]) Sind die Verkäufer im Verzuge, so hat X. die Wahl zwischen dem Anspruch auf Schadenersatz wegen (vollständiger) Nichterfüllung (und zwar, bei einem Grundstücke gemäss § 348 BGB. gegen Rückgewähr desselben Zug um Zug, und bei einer beweglichen Sache unter den Beschränkungen des § 440 Abs. 2-4 BGB.) und dem Rechte zum Rücktritte vom Vertrage, §§ 326, 327 BGB. — Der Umfang und die Art des Schadenersatzes bestimmen sich nach den Vorschriften der §§ 249 ff. BGB. Die beiden Verkäufer haften als Gesamtschuldner, § 427 BGB. Bei beweglichen Sachen ist der Anspruch auf Schadenersatz wegen des Rechtes eines Dritten, das zum Besitze berechtigt, also insbesondere wegen des Eigentums eines Dritten, nur begründet, wenn der Käufer die Sache dem Dritten mit Rücksicht auf dessen Recht herausgegeben, wenn er sie dem Verkäufer zurückgewährt hat, oder wenn, abgesehen von dem Untergange der Sache, eine der Voraussetzungen des Abs. 3 oder des Abs. 4 des § 440 erfüllt ist.

4. Um sich der unbeschränkten Haftung auf Schadenersatz zu entschlagen, können B. und F. den

---

[1]) So Schlossmann a. a. O. 127.

[2]) Gemeint ist, dass der Käufer die Rechte aus § 326 BGB. wahrnehmen wolle.

Kaufvertrag, wenn sonst die Voraussetzungen des § 119 BGB. gegeben sind, wegen Irrtums anfechten. Der Irrtum des Verkäufers über sein Eigentum an der verkauften Sache dürfte unter § 119 Abs. 2 BGB. fallen. Entgegen der Ansicht von Lenel und Planck[1]) wird man nämlich unter Eigenschaften einer Person oder Sache im Sinne des § 119 Abs. 2 BGB. mit dem Reichsgericht „nicht nur die natürlichen, der Person oder Sache an sich zukommenden Eigenschaften, sondern auch solche tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse desselben zu verstehen haben, welche in ihren Beziehungen zu anderen Personen oder Sachen wurzeln und zufolge ihrer Beschaffenheit und vorausgesetzten Dauer auch die Anschauungen des Verkehrs einen Entschluss auf die Wertschätzung der Sache in allen oder doch in gewissen Rechtsverhältnissen zu üben pflegen." (RG. v. 31. V. 1905 in RGZ. 61, 86.) Die Lenel'sche Begriffsbestimmung, die als Eigenschaften im Sinne des § 119 Abs. 2 BGB. nur die zur „normalen Individualisierung des Vertragsobjekts oder des Vertragsgegners" notwendigen Eigenschaften anerkennt, entspricht weder dem Wortlaut des Gesetzes, noch dem praktischen Bedürfnis nach einer möglichst extensiven Auslegung des § 119 Abs. 2 BGB., wie die in der angeführten Reichsgerichtsentscheidung angegebenen Beispiele beweisen. Nicht die geschichtliche Entwickelung, deren Abschluss der § 119 Abs. 2 darstellt, sondern lediglich die sich aus der Verkehrssitte ergebende Auffassung kann zur Abgrenzung des Begriffs der wesentlichen Eigenschaften im Sinne des § 119 Abs. 2 BGB. führen; allerdings wird man zugeben müssen, dass auf diesem Wege eine klare und bestimmte Grenze (vgl. Planck a. a. O.) nicht immer leicht gefunden werden wird. Dieser Mangel tritt aber auch bei einer grossen Zahl anderer, der modernen Verkehrsauffassung aber entsprechenden

---

[1]) Vgl. hierzu insbesondere Dernburg, BGB. I, 485 A. 8 und II, 2 S. 8 A. 5, v. Blume im Recht XI S. 351 ff., Planck a. a. O. 2a zu § 119 S. 213. — Ein Anfechtungsrecht des Käufers dagegen besteht nicht, vgl. v. Blume a. a. O.

Vorschriften zu Tage. Diese Vorschriften haben wieder den Vorzug, dass sie auch einer wechselnden Auffassung des Verkehrslebens und vor allem der Billigkeit Rechnung tragen.

§ 12.

In dem Falle, wo vor der an X. erfolgten Auflassung des Grundstücks an Stelle des A. der vermeintliche Erbe F. eingetragen worden war, ist, wie oben ausgeführt, die Verfügung über das Grundstück gegenüber den Gesellschaftern B. u. E. wirksam. Neben dieser Veräusserung haben aber B. und F. in Führung der Gesellschaftsgeschäfte noch ein zweites Rechtsgeschäft die Teilung des Kaufpreises, gleichfalls zum Zwecke der Vorbereitung der Auseinandersetzung, vorgenommen. Es bedarf keiner Erörterung, dass dieses Auseinandersetzungsgeschäft der „Gesellschaft" gegenüber unwirksam ist, (anders im Falle des § 2267 BGB.).

Aus der Verfügung über das Grundstück steht deshalb der Gesellschaft gegen B. und F. ein Anspruch aus § 816 BGB. zu, und zwar nur aus § 816, da, wie wir bereits sahen, der erlöste Kaufpreis als Surrogat des veräusserten Grundstücks nicht angesehen werden kann und deshalb nicht zum Gesellschaftsvermögen gehört oder gehört hat.[1]) Der Anspruch ist gegen B. und F. begründet, weil in der Verfügung des zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Grundstücks von seiten des B. und F. (auch des B. gegenüber der Gesellschaft) eine Verfügung Nichtberechtigter über einen Gegenstand liegt, die dem Berechtigten, der Gesellschaft, gegenüber wirksam ist. B. steht hinsichtlich der Verfügung der Gesellschaft wie jeder andere Dritte gegenüber. — Gegenstand des Anspruchs ist das, was B. und F. durch die Verfügung erlangt haben, also der Kaufpreis (vgl. aber § 818 BGB.).

1. Zur Geltendmachung des Anspruchs gegen F. sind die Gesellschafter B. und E., wie oben ausgeführt, nur gemeinschaftlich berechtigt.

---

[1]) Vgl. auch Planck a. a. O. 1 zu § 816 S. 945.

2. Der Anspruch der Gesellschaft gegen B. ist von E. allein „im Namen der Gesellschaft" geltend zu machen. Denn da an sich die Gesellschafter selbst (nicht die Gesellschaft) klagen müssen, so kann nicht derselbe Gesellschafter zugleich Kläger und Beklagter sein; es wäre auch unverständig, von ihm die Zustimmung zu einem Rechtsstreit zu fordern, der in seinem Namen gegen ihn geführt werden soll.[1]) Da B. an der Forderung selbst mitberechtigt ist, so könnte in Frage kommen, ob die Forderung nicht in Höhe des dem B. zustehenden Anteils durch Konfusion untergegangen ist. Dagegen wendet Knoke[2]) zutreffend ein, dass sich gar nicht bestimmen lasse, zu welchem Anteile der Gesellschafter mitberechtigt sei, und dass dieser auch keinesfalls über seinen Anteil an der Gesellschaftsforderung verfügen könne. Ausserdem würde der Anteil des B. an der Gesellschaftsforderung aus dem Vermögen der ja noch bestehenden Gesellschaft ausscheiden, was dem Grundsatze der dinglichen Bindung des Gesellschaftseigentums nicht entspreche. Diese Entscheidung muss erst recht nach der hier vertretenen Ansicht von dem Begriffe des Anteils der Gesellschafter zutreffen. — Unter den Voraussetzungen des § 743 BGB. würde dem B. allerdings die Einrede der Aufrechnung in Höhe seines „Anteils" wohl zustehen. Denn wenn die gemeinschaftlichen Schulden berichtigt und die Einlagen zurückerstattet sind, wäre es unbillig und unzweckmässig, von B. die Zahlung der ganzen Summe, die er erhalten hat, an die Gesellschaftskasse zu fordern. B. würde die Summe nur zahlen, um sofort den ihm „gebührenden Anteil" wieder zurückzuerhalten. So lange aber, wie hier unterstellt wird, die Voraussetzungen des § 734 BGB. nicht vorliegen, können die Gesellschafter, da die Gesellschaft als fortbestehend gilt, über die Forderung nur gemeinschaftlich verfügen, und deshalb muss B. die ganze Kaufsumme, die er empfangen hat, herauszahlen. — Der Klageantrag hat nach der herrschenden Meinung auf

---

[1]) Knoke a. a. O. S. 100.
[2]) Knoke a. a. O. S. 98.

Zahlung „an die Gesellschaftskasse" zu lauten.[1]) Er ist aber in dieser Form zweifellos unrichtig, weil das Gesellschaftsvermögen nach BGB. (anders als das der offenen Handelsgesellschaft) nach aussen keinerlei Selbständigkeit hat. Nach § 709 BGB. sind vielmehr die Gesellschafter zur Entgegennahme der Zahlung nur „gemeinschaftlich" berechtigt (vgl. aber § 710); die Gesellschafter haben ein Recht auf gemeinschaftlichen Besitz des Geldes. Danach müsste B. an E. und sich selbst zahlen. — Anderseits kann man dem Schuldner-Gesellschafter nicht zumuten, die zum Gesellschaftsvermögen gehörende Summe zu Händen des E. zu zahlen; denn dieser ist auch nicht vorübergehend zum Alleinbesitz des Geldes berechtigt. Hiernach dürfte es das Richtige sein, auf Hinterlegung der Streitsumme für die Gesellschafter zu klagen; der § 432 BGB. muss hier entsprechende Anwendung finden.

2. Unter Umständen können auch B. und F. aus der gemeinschaftlichen Führung der Gesellschaftsgeschäfte einen Anspruch gegen die Gesellschaft haben, B. nach §§ 727 Abs. 2, 713, F. gemäss § 687 Abs. 1 nach den allgemeinen Regeln, insbesondere nach §§ 812 ff. BGB. Ein Anspruch des E. besteht dagegen weder gegen B. noch F.; denn nicht auf Kosten des E., sondern der fortbestehenden Gesellschaft sind B. und F. bereichert. Die sich hiernach ergebenden Rechtsverhältnisse gestalten sich sofort anders, falls die beiden von B. und F. vorgenommenen Rechtsgeschäfte genehmigt[2]) werden, oder wenn sich F. bei der Verfügung im Besitze eines Erbscheins, der nicht für kraftlos erklärt war, befunden hat (§§ 2266, 2367, 2361 BGB.). Dann wird oder ist nicht nur die Verfügung über das Grundstück zu Gunsten des Käufers, sondern auch das Auseinandersetzungsgeschäft zu Gunsten des Mitgesellschafters B.[3]) hinsichtlich der

---

[1]) Vgl. Oertmann a. a. O. 2a zu § 718 S. 780.

[2]) Vgl. wegen Form und Wirkung der Genehmigung §§ 182, 184 BGB., über ihren Unterschied von der Zustimmung des § 709 BGB vgl. Planck a. a. O. II zu § 709 S. 741.

[3]) a) Dasselbe gilt nach §§ 2366, 2367 GBB., b) über Genehmigung

empfangenen Summe dem E. gegenüber wirksam. Für E. wird die Genehmigung beispielsweise vorteilhaft sein, falls er sich, weil B. vermögenslos ist, die Forderung gegen F. sichern will. — Die Rechtslage gestaltet sich dann kurz, wie folgt: Die Teilung des Kaufpreises unter B. und F. ist zum Zwecke der Auseinandersetzung erfolgt und stellt sich als Befriedigung der den Gesellschaftern aus der Auseinandersetzung zukommenden Ansprüche[1]) dar, und, soweit ein solcher dem E. zugestanden hat, zugleich als Befriedigung eines zur Erbschaft gehörenden Anspruchs. Wird nunmehr die Zahlung des Kaufgeldes an F. dem E. gegenüber wirksam, so muss das Geleistete, da die Forderung erloschen und aus der Erbschaft ausgeschieden ist, „als mit Mitteln der Erbschaft" erworben gelten. E. kann deshalb von F. in Gemässheit der §§ 2018, 2221—2224 BGB. die Herausgabe des Verlangten fordern. Ist dagegen die Leistung dem Erben gegenüber unwirksam, so besteht die Forderung des Erben gegen die Gesellschaft fort; F. kann daher das „Geleistete" aus der Erbschaft nicht erlangt haben, und demnach besteht auch ein Anspruch des E. gegen F. nicht. Nach der Ansicht Leonhards[2]) fällt der Erwerb des Scheinerben in diesem Falle unter den Begriff der „Nutzungen", die gemäss § 2020 BGB. dem Erben herauszugeben sind. Die Einziehung einer Forderung kann aber nach richtiger Ansicht wohl nicht als „Gebrauch eines Rechts" bezeichnet werden, § 100 BGB.

---

seitens der Gesellschafter im allgemeinen vgl. Knoke a. a. O. S. 56 a. E.

[1]) Wenn ausser der verkauften Sache noch anderes Gesellschaftsvermögen vorhanden ist, so handelt es sich naturgemäss nur um einen einzelnen Auseinandersetzungsanspruch.

[2]) Leonhard, Erbschaftsbes. S. 15, vgl. hierzu insbesondere Staudinger a. a. O. 2b zu § 2020 S. 254.